Schneider

Entscheidungen

des

aargauischen Obergerichts

auf

dem Gebiete des Civilrechts

I

aus den Jahren 1854—1871

gesammelt und dargestellt

von

F. Schneider,

Oberrichter.

Aarau,

Druck und Verlag von H. R. Sauerländer.

1872.

Entscheidungen des aargauischen Obergerichts.

Entscheidungen

des

aargauischen Obergerichts

auf

dem Gebiete des Civilrechts

aus den Jahren 1854—1871

gesammelt und dargestellt

von

F. Schneider,

Oberrichter.

Aarau,

Druck und Verlag von H. R. Sauerländer.

1872.

Vorwort.

Schon vielfach hat sich der Wunsch nach einer Sammlung und Veröffentlichung der wichtigern Urtheilssprüche des Obergerichts geltend gemacht. Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß dieser Wunsch seine Berechtigung habe; sind es doch gerade die Entscheidungen des Richters, aus welchen wir erkennen lernen, wie derselbe das Gesetz interpretirt, dessen Lücken ergänzt und die abstrakten Vorschriften mit den Fällen des praktischen Lebens in Harmonie zu bringen bemüht ist. Eine solche Sammlung ist auch vom Hohen Großen Rathe als wünschenswerth anerkannt worden; die Tit. Behörde hat nämlich schon früher und zwar im Jahre 1865, als sie die Berathung des obergerichtlichen Rechenschaftsberichtes für das Jahr 1863 beschäftigte, an den Tit. Regierungsrath die Einladung ergehen lassen, er wolle den Antrag erwägen und begutachten, daß die obergerichtlichen Judikate durch die Justizdirektion zum Zwecke geeigneter Veröffentlichung einzelner Fälle sowie der Benützung bei einer künftigen Umarbeitung der Gesetzgebung gesammelt werden möchten. Die hohe Behörde hat sich hiebei durch die Betrachtung leiten lassen: Es sei nicht zu verkennen, daß eine solche Sammlung wesentliche Vortheile biete; einerseits gewähre sie dem rechtsuchenden Publikum die Möglichkeit, zu erfahren, wie das Gesetz ausgelegt und auf die einzelnen Fälle angewendet werde; ferner diene sie dem Interesse einer constanten Gerichtspraxis und sei ihr endlich auch in legislatorischer Beziehung Gewicht beizulegen, indem dadurch einer künftigen Gesetzgebung vorgearbeitet werde.

Wenn nun aber auch der Ansicht gehuldigt wird, daß der gerichtlichen Praxis eine nicht geringe juristische Bedeutung innewohne und aus der Publikation jener Entscheidungen mehrfache und erhebliche Vortheile erwachsen, so hat eine solche Publikation bis jetzt gleichwohl nicht statt-

gefunden. Allerdings gelangen alljährlich einzelne Rechtsfälle in die Oeffentlichkeit und zwar in der Weise, daß sie den obergerichtlichen Rechenschaftsberichten beigefügt werden. Allein die vermittelst dieser Berichte publizirten Erkenntnisse sind offenbar zu wenig zahlreich, als daß sie vermögend wären, dem Bedürfnisse auch nur einigermaßen zu genügen; abgesehen davon, daß eine vollständige Sammlung dieser Rechenschaftsberichte wohl nur im Besitze Weniger sich befinden dürfte. — So kam es, daß die Entscheidungen zusammengestellt worden sind, welche den Inhalt des vorliegenden Buches ausmachen.

Diese Entscheidungen sind ausschließlich dem Gebiete des Civilrechtes entnommen und zerfallen deßhalb in zwei Hauptabtheilungen; die eine derselben umfaßt die Rechtsfälle, die sich auf das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch beziehen, die andere sodann ist den Entscheidungen gewidmet, welche sich an die Vorschriften des Civilprozesses anlehnen. — Die gesammelten Erkenntnisse gehören, wie schon aus dem Titelblatte ersichtlich ist, der Periode von 1854—1871 an und nur wenige fallen noch in das Jahr 1853. Ich habe es nämlich als meine Aufgabe angesehen, das Augenmerk vorzugsweise denjenigen Entscheidungen zuzuwenden, welche unter der Herrschaft des jetzt geltenden bürgerlichen Rechts entstanden sind. Das Personenrecht trat nun allerdings schon am 1. Jenner 1848 in Wirksamkeit, dagegen aber wurden zwei Theile des Gesetzbuches, das Sachenrecht und das Obligationenrecht, erst im Anfange der Fünfzigerjahre erlassen und das Erbrecht noch später, im Jahre 1856 eingeführt. Demzufolge ist es nicht anzunehmen, daß man in dem Zeitraume vor 1854 zahlreichen Fällen begegne, mit Bezug auf welche die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes als maßgebend erscheinen und gerade deßwegen hielt ich dafür, daß die Sammlung sich nicht auf die Judikatur zu erstrecken habe, welche dem Jahre 1854 vorangegangen. — Was die Rechtspflege des Jahres 1871 betrifft, so ist zu erwähnen, daß dieselbe wohl zum größten Theile, jedoch nicht mehr in ihrem ganzen Umfange benützt werden konnte.

Anlangend die Quellen, denen die Urtheilssprüche enthoben worden, so erscheinen als solche insbesondere die obergerichtlichen Protokolle, welche letztern, insoweit dieselben die Periode von 1854—1871 umfassen, meiner Durchsicht unterworfen worden sind. Ich habe dann allerdings

auch noch von den obergerichtlichen Jahresberichten Gebrauch gemacht und die daselbst erörterten Rechtssachen, nur wenige mir nicht zweckdienlich erscheinende Erkenntnisse abgerechnet, dieser Sammlung einverleibt.

Die Protokolle weisen eine große Anzahl von Entscheidungen auf, die ein rein thatsächliches Verhältniß berühren und deren Erledigung ausschließlich vom Resultate des Beweisverfahrens abhängig war. Ich habe davon abgesehen, diese Entscheidungen, welche jeder prinzipiellen Bedeutung ermangeln, in die Sammlung aufzunehmen, indem ich von der Ansicht ausgegangen bin, daß derselben hauptsächlich nur solche Rechtsfälle angehören sollen, welche sich mit der Interpretation des Gesetzes befassen, überhaupt Fragen grundsätzlicher Natur zum Gegenstande haben und deßhalb auch allein als geeignet erscheinen, öffentliches Interesse darzubieten.

Ich bin bemüht gewesen, die einzelnen Fälle in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht so sachgetreu wie möglich darzustellen; ich habe deßhalb öfter, wenn mir nämlich die Wichtigkeit der Sache dieses zu fordern schien, die Entscheidungsgründe in ihrem Wortlaute angeführt. Bei der Darlegung der faktischen Verhältnisse habe ich mich der Kürze beflissen, es immerhin aber als unerläßlich erachtet, daß des Thatsächlichen des Prozesses mindestens dem Wesen nach Erwähnung geschehe.

Ich schließe, indem ich die Sammlung, welche ich hiemit der Oeffentlichkeit übergebe, einer nachsichtigen Beurtheilung empfehle.

Aarau im Jenner 1872.

Inhaltsverzeichniß.

Vorwort.

I.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Einleitung.

Viertes Hauptstück.

Von der Vormundschaft.

Zweiter Theil.

Von den Rechten an Sachen.

Einleitung.

Erstes Hauptstück.

Zweites Hauptstück.

Von dem Eigenthum.

Drittes Hauptstück.

Von den Dienstbarkeiten.

Viertes Hauptstück.

Von dem Pfandrecht.

I.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

Einleitung.

Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.

---

§§. 1—5 des a. b. G.

1. In §. 1 ist der Begriff des bürgerlichen Rechts des Kantons Aargau niedergelegt. — Eine Erläuterung dieses Begriffes enthält die Entscheidung, von welcher unter Nr. 425 gesprochen wird.

2. Ein im Anfange der Zwanzigerjahre angeliehenes Kapital hatte der Schuldner bei Anlaß einer bald darauf, im Jahre 1826, stattgefundenen Veräußerung von Liegenschaften auf den Käufer überbinden lassen. Nachdem später, im Jahre 1854, über den angewiesenen Schuldner der Geldstag ausgebrochen, in welchem das Kapital gänzlich in Verlurst gerathen, wurde vom Gläubiger der ursprüngliche Schuldner um dessen Bezahlung angegangen.

Allein der gegenüber dem Letztern erhobene Forderungsanspruch mußte als unstatthaft verworfen werden. Es ergab sich nämlich, daß die auf den Liegenschaftskäufer überbundene Forderung längst, jedenfalls vor mehr als drei Jahren von der Klagführung an, fällig geworden und §. 583 des a. b. G. enthält die Bestimmung, daß der ursprüngliche Schuldner für die angewiesene Forderung, wenn sie bereits verfallen, blos noch drei Jahre haftbar sei.

Umsonst berief sich der Kläger darauf, daß die Forderung vor dem 1. Mai 1850, dem Tage, an welchem das Sachenrecht in Kraft getreten, entstanden sei und daß nach §. 3 des a. b. G., wornach Gesetze nicht zurückwirken, die Bestimmung des §. 583 auf die Forderung keinen Bezug habe. Es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß diese Forderung von dem im Mai 1850 in Wirksamkeit getretenen Sachenrecht beherrscht werde; jedenfalls verstößt sich die Anwendung desselben nicht gegen den in §. 3 ausgesprochenen Grundsatz, daß den Gesetzen keine rückwirkende Kraft innewohne.

Es ist allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend, wenn der Gesetzgeber für bereits bestehende Rechtsverhältnisse eine neue Erlöschungsweise, z. B. die Verjährung einführt; hiebei alterirt das neue Gesetz ein wohlerworbenes älteres Recht in keiner Weise, es nimmt vielmehr dessen wirklichen und unbestrittenen Bestand als gegebene Thatsache an, allein es erklärt, daß dieses Recht — in concreto das Rückgriffsrecht gegen einen frühern Schuldner — von nun an infolge gewisser eintretender Ereignisse oder Unterlassungen der Berechtigten erlösche. Von einer rückwirkenden Kraft des Sachenrechts würde daher im Falle nur dann mit Grund die Rede sein können, wenn man ausspräche, es wäre die im Jahr 1826 begonnene Währschaftspflicht des Hauptschuldners sofort mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, d. h. mit dem 1. Mai 1850 deßwegen erloschen gewesen, weil seit der Fertigung bis zu diesem Tage ein Zeitraum von mehr als drei Jahren abgelaufen.

Wenn man aber annimmt, daß die Währschaftspflicht des Hauptschuldners noch drei Jahre vom Inkrafttreten des neuen Gesetzes hinweg fortgedauert hat, so vindicirt man dem Gesetze keine rückwirkende, sondern vielmehr eine vorwärts wirkende Kraft, zumal die vor dem Erscheinen des neuen Gesetzes abgelaufene Zeit bei Berechnung der Verjährungsfrist gar nicht in Anschlag gebracht wird. U. v. 11. März 1857.*

* Ueber die Verjährung von Forderungen und die rückwirkende Kraft der Gesetze wurde in gleicher Weise entschieden durch ein Erkenntniß vom 14. Februar 1871, wo man folgender Stelle begegnet: Alle Forderungen, welche zur Zeit der Einführung des Obligationenrechts bestanden und nicht schon nach den gesetzlichen Vorschriften, welche bis dorthin Geltung hatten, verjährt gewesen, sind dem in §. 853 des a. b. G. ausgesprochenen Princip der Verjährung unterworfen; mit a. W., für alle diese Forderungen hat mit dem 1. Juli 1852 die zehnjährige Dauer der erlöschenden Verjährung ihren Anfang genommen.

3. Jakob Meier, Schlossermeister in Wohlen, führte gegen Bonaventur Weber von daselbst folgende Klage:

Im Frühjahr 1844 habe ihn der Beklagte veranlaßt, auf seinem, des Letztern, Grund und Boden eine Schlosserwerkstätte zu erbauen. Nachdem früher über den Miethzins eine gütliche Vereinbarung erzielt worden, habe der Beklagte ihm nun unterm 8. Mai 1853 eine Kundmachung mit dem Begehren zustellen lassen, daß er, Kläger, entweder einen Zins von Fr. 30 bezahle, oder aber die Werkstätte entferne. Als er sich aber nicht beeilt habe, der einen oder andern Alternative zu entsprechen, seien von Seite des Beklagten Störungen in der Benützung des Gebäudes erfolgt. Um dieser Willkür zu begegnen, berufe er sich

auf den §. 507 des a. b. G. und schließe dahin: Beklagter sei schuldig, denjenigen Theil seines Grundstücks, auf welchem die Schlosserwerkstätte sich befindet, sammt nothwendiger Zugehörde, dem Kläger um den durch den Richter, resp. Sachverständige zu bestimmenden wahren Werth eigenthümlich zu überlassen und zuzufertigen.

Der Beklagte stellte das Thatsächliche des Klaganbringers in Abrede und erhob überdies den Einwand, daß im gegebenen Falle die Bestimmung des §. 507 des a. b. G. nicht zutreffe, weil §. 3 dieses Gesetzes eine solche rückwirkende Anwendung desselben verbiete.

Hinsichtlich dieses Einwandes des Beklagten wurde befunden: §. 507 enthalte die Vorschrift: „Hat der Eigenthümer des Grundstücks zu der Errichtung des Gebäudes ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt, so muß er dem Bauführer den Theil des Grundstücks, auf welchem das Gebäude steht und soviel sonst zur Benutzung des Gebäudes nothwendig ist, um den wahren Werth (§. 431) überlassen." Der Beklagte verneine nicht, daß der Bau mit seiner Einwilligung erstellt worden, versuche aber, geltend zu machen, daß bezüglich dieses Baues, der schon im Jahr 1844 aufgeführt worden, diejenigen Rechtsgrundsätze entscheidend seien, welche vor dem Inkrafttreten des jetzigen bürgerlichen Gesetzes bestanden hätten, daß somit jene neue Bestimmung des §. 507 hier nicht Anwendung finde, zumal §. 3 des a. b. G. vorschreibe, daß Gesetze nicht zurückwirken, daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorhererworbene Rechte keinen Einfluß haben sollen.

Diese Rechtsanschauung des Beklagten sei jedoch eine irrthümliche und die Auslegung, die er dem §. 3 gebe, zu weit gehend. Von rückwirkender oder nicht rückwirkenber Kraft eines Gesetzes könne nämlich überhaupt nicht die Rede sein, wo, wie im §. 507, der Gesetzgeber eine Beschränkung des Eigenthumsrechts eintreten lasse und Bedingungen festsetze, unter welchen Eigenthum erworben, beziehungsweise verloren werden könne. Da bringe es vielmehr die Natur der Sache mit sich, daß ein solches Gesetz sofort den gesammten Rechtszustand, ohne Rücksicht auf frühere Verhältnisse, beschlage.

Es wurde demgemäß §. 507 des a. b. G. im Falle als anwendbar erklärt, dagegen dem Beklagten für die Behauptung, man habe sich vereinbart, daß die Werkstätte nur 8 bis 10 Jahre auf seinem Grund und Boden stehen bleiben solle, der beantragte Beweis gestattet. — U. v. 18. Jenner 1855.

4. Vermittelst der Civilklage wurde ein Guthaben von Fr. 759 a. W. oder Fr. 1084. 28 n. W., welches im April 1838 existent geworden, im Jahr 1855 sammt Zinsen zu 5 % eingefordert.

Bei der Entstehung des Schuldverhältnisses hatte man sich dahin geeinigt, daß die Forderung *zinstragend* sein solle, einen bestimmten Zinsfuß dagegen nicht festgesetzt. Der Beklagte, der die Verzinslichkeit der Forderung dem Grundsatze nach anerkannte, war der Ansicht, daß der Zins nur zu 4% berechnet werden dürfe und hielt dafür, daß dieser seiner Ansicht §. 658 des a. b. G. zur Stütze diene.

Es ist deßhalb zu erörtern, ob bei Bestimmung des vom Beklagten zu entrichtenden Zinses der von ihm angerufene §. 658 des erst am 1. Juli 1852 in Kraft getretenen Obligationsrechts maßgebend sei. Diese Gesetzesstelle enthält nun allerdings die Vorschrift, daß wenn der Schuldner einen Zins versprochen, die Größe desselben aber nicht bestimmt worden, vier vom Hundert jährlich zu bezahlen seien. Diese Vorschrift kann aber im Falle nicht den Ausschlag geben, *weil ihr nach §. 3 des a. b. G. keine rückwirkende Kraft zukommt.* Das der Zinsfrage zu Grunde liegende Schuldverhältniß entstand schon im Jahr 1838, während das von dem Beklagten angerufene Gesetz erst mit dem 1. Juli 1852 in Wirksamkeit getreten.

Besondere Gründe, aus denen im vorliegenden Falle eine Rückwirkung ausnahmsweise statthaft wäre, werden von dem Beklagten weder geltend gemacht, noch sind dergleichen sonst aus den Akten ersichtlich.

Die Forderung von Fr. 1084. 29 beruht laut notarialischem Akt und dem stattgefundenen Beweise auf einer zwischen dem Kläger und dem Beklagten am 2. April 1838 erfolgten Abrechnung und dem daherigen Schuldbekenntniß des letztern vom 2. April 1843, wobei von diesem anerkannt worden, daß die Forderung vom Tage der Ausrechnung an verzinslich sein solle. Es ist vom Schuldner nicht bestritten, daß zur Zeit der gepflogenen Ausrechnung und des erfolgten Schuldbekenntnisses ein Zinsfuß von Fr. 5 von 100 bestanden habe und es ist übrigens notorisch, daß bis zur Erscheinung des neuen Gesetzes beim Abgang einer vertragsmäßigen Bestimmung in dem Landestheile, in dem die Schuld entstanden, der Zins stets nach diesem Verhältniß berechnet worden und muß demnach eine solche Zinsberechnung auch im gegebenen Falle zur Anwendung kommen. Der Kläger erlangte durch die Ausrechnung und das Schuldbekenntniß hinsichtlich des Zinsanspruchs ein Recht, welches in der Vorschrift des neuen Gesetzes um so weniger eine Beschränkung findet, als dieses Gesetz jedenfalls nur bis auf den Zeitpunkt der erfolgten Einführung wirksam sein könnte.

Daß aber eine solche Wirksamkeit, der gemäß dann das eigenthümliche, an einem Widerspruch leidende Verhältniß vorhanden wäre, daß für eine und dieselbe Forderung der Kläger den Zins theilweise zu 5

und theilweise zu 4 von 100 zu fordern hätte, nicht anerkannt werden darf, ist dem bereits Gesagten zu entnehmen. U. v. 13. April 1855.

5. Der Grundsatz, daß Gesetze nicht zurückwirken, wurde auch in Ansehung einer durch Vertrag begründeten Bauberechtigung anerkannt. Der Eigenthümer eines Grundstücks räumte schon im Jahr 1844 seinem Nachbar das Recht ein, unmittelbar an der Marchlinie ein Haus aufzuführen.

Als der letztere im Jahr 1868 von diesem Rechte wirklich Gebrauch machen wollte, glaubte der erstere ihm den Bau verwehren zu können; er hielt nämlich dafür, daß ihm §. 482 des a. b. G. zu statten komme, wornach Gebäude auf neuen Baustellen nur in einer Entfernung von wenigstens 6 Fuß von der nachbarlichen Grenze aufgeführt werden dürfen; allein mit Ungrund, weil zufolge §. 3 des a. b. G. durch das erst im Jahr 1850 eingeführte Sachenrecht die durch Vertrag der Betheiligten festgesetzte Berechtigung nicht berührt werden konnte. U. v. 18. März 1870.

§§. 6—9.

6. Als J. J. Weber-Rohr, Handelsmann von Ettenhausen, Kantons Zürich, wohnhaft gewesen in Lenzburg, in den Geldstag gefallen, trat dessen Ehefrau mit dem Begehren auf, daß die von ihr dem Manne zugebrachten Liegenschaften nicht in dessen Masse gezogen, sondern ihr eigenthümlich überlassen werden möchten.

Zur Unterstützung dieses Begehrens berief sich Frau Weber auf das zürcherische Civilgesetzbuch, nach welchem der Ehemann nicht Eigenthümer, sondern nur Verwalter des in die Ehe gebrachten Frauenguts ist, und auf das eidgenössische Concordat vom 15. Juli 1822.

Das Vindikationsbegehren der Frau Weber wurde aber als nicht gerechfertigt abgewiesen; man fand nämlich:

Das Begehren stütze sich wesentlich auf die Behauptung, daß nach Zürcher Gesetz der Ehemann blos Verwalter des von der Gattin ihm zugebrachten Vermögens sei und der letztern daher das Recht zustehe, im Geldstage des Ehemannes das Frauengut mit der Eigenthumsklage herauszuverlangen. Allein nicht die Gesetze des Kantons Zürich, sondern diejenigen des Kantons Aargau kommen im Falle zur Anwendung. §. 6 des a. b. G. enthalte nämlich die Bestimmung, daß die bürgerlichen Gesetze des Kantons Aargau auf alle Personen und Sachen Bezug haben, die sich im Gebiete des Kantons befinden und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen seien. Dieser hier ausgesprochene Grundsatz sei ein Ausfluß der Territorialhoheit des Staates

Bei der Entstehung des Schuldverhältnisses hatte man sich dahin geeinigt, daß die Forderung zinstragend sein solle, einen bestimmten Zinsfuß dagegen nicht festgesetzt. Der Beklagte, der die Verzinslichkeit der Forderung dem Grundsatze nach anerkannte, war der Ansicht, daß der Zins nur zu 4 % berechnet werden dürfe und hielt dafür, daß dieser seiner Ansicht §. 658 des a. b. G. zur Stütze diene.

Es ist deßhalb zu erörtern, ob bei Bestimmung des vom Beklagten zu entrichtenden Zinses der von ihm angerufene §. 658 des erst am 1. Juli 1852 in Kraft getretenen Obligationsrechts maßgebend sei. Diese Gesetzesstelle enthält nun allerdings die Vorschrift, daß wenn der Schuldner einen Zins versprochen, die Größe desselben aber nicht bestimmt worden, vier vom Hundert jährlich zu bezahlen seien. Diese Vorschrift kann aber im Falle nicht den Ausschlag geben, weil ihr nach §. 3 des a. b. G. keine rückwirkende Kraft zukommt. Das der Zinsfrage zu Grunde liegende Schuldverhältniß entstand schon im Jahr 1838, während das von dem Beklagten angerufene Gesetz erst mit dem 1. Juli 1852 in Wirksamkeit getreten.

Besondere Gründe, aus denen im vorliegenden Falle eine Rückwirkung ausnahmsweise statthaft wäre, werden von dem Beklagten weder geltend gemacht, noch sind dergleichen sonst aus den Akten ersichtlich.

Die Forderung von Fr. 1084. 29 beruht laut notaralischem Akt und dem stattgefundenen Beweise auf einer zwischen dem Kläger und dem Beklagten am 2. April 1838 erfolgten Abrechnung und dem daherigen Schuldbekenntniß des letztern vom 2. April 1843, wobei von diesem anerkannt worden, daß die Forderung vom Tage der Ausrechnung an verzinslich sein solle. Es ist vom Schuldner nicht bestritten, daß zur Zeit der gepflogenen Ausrechnung und des erfolgten Schuldbekenntnisses ein Zinsfuß von Fr. 5 von 100 bestanden habe und es ist übrigens notorisch, daß bis zur Erscheinung des neuen Gesetzes beim Abgang einer vertragsmäßigen Bestimmung in dem Landestheile, in dem die Schuld entstanden, der Zins stets nach diesem Verhältniß berechnet worden und muß demnach eine solche Zinsberechnung auch im gegebenen Falle zur Anwenduug kommen. Der Kläger erlangte durch die Ausrechnung und das Schuldbekenntniß hinsichtlich des Zinsanspruchs ein Recht, welches in der Vorschrift des neuen Gesetzes um so weniger eine Beschränkung findet, als dieses Gesetz jedenfalls nur bis auf den Zeitpunkt der erfolgten Einführung wirksam sein könnte.

Daß aber eine solche Wirksamkeit, der gemäß dann das eigenthümliche, an einem Widerspruch leidende Verhältniß vorhanden wäre, daß für eine und dieselbe Forderung der Kläger den Zins theilweise zu 5

und theilweise zu 4 von 100 zu fordern hätte, nicht anerkannt werden darf, ist dem bereits Gesagten zu entnehmen. U. v. 13. April 1855.

5. Der Grundsatz, daß Gesetze nicht zurückwirken, wurde auch in Ansehung einer durch Vertrag begründeten Bauberechtigung anerkannt. Der Eigenthümer eines Grundstücks räumte schon im Jahr 1844 seinem Nachbar das Recht ein, unmittelbar an der Marchlinie ein Haus aufzuführen.

Als der letztere im Jahr 1868 von diesem Rechte wirklich Gebrauch machen wollte, glaubte der erstere ihm den Bau verwehren zu können; er hielt nämlich dafür, daß ihm §. 482 des a. b. G. zu statten komme, wornach Gebäude auf neuen Baustellen nur in einer Entfernung von wenigstens 6 Fuß von der nachbarlichen Grenze aufgeführt werden dürfen; allein mit Ungrund, weil zufolge §. 3 des a. b. G. durch das erst im Jahr 1850 eingeführte Sachenrecht die durch Vertrag der Betheiligten festgesetzte Berechtigung nicht berührt werden konnte. U. v. 18. März 1870.

§§. 6—9.

6. Als J. J. Weber-Rohr, Handelsmann von Ettenhausen, Kantons Zürich, wohnhaft gewesen in Lenzburg, in den Geldstag gefallen, trat dessen Ehefrau mit dem Begehren auf, daß die von ihr dem Manne zugebrachten Liegenschaften nicht in dessen Masse gezogen, sondern ihr eigenthümlich überlassen werden möchten.

Zur Unterstützung dieses Begehrens berief sich Frau Weber auf das zürcherische Civilgesetzbuch, nach welchem der Ehemann nicht Eigenthümer, sondern nur Verwalter des in die Ehe gebrachten Frauenguts ist, und auf das eidgenössische Concordat vom 15. Juli 1822.

Das Vindikationsbegehren der Frau Weber wurde aber als nicht gerechfertigt abgewiesen; man fand nämlich:

Das Begehren stütze sich wesentlich auf die Behauptung, daß nach Zürcher Gesetz der Ehemann blos Verwalter des von der Gattin ihm zugebrachten Vermögens sei und der letztern daher das Recht zustehe, im Geldstage des Ehemannes das Frauengut mit der Eigenthumsklage herauszuverlangen. Allein nicht die Gesetze des Kantons Zürich, sondern diejenigen des Kantons Aargau kommen im Falle zur Anwendung. §. 6 des a. b. G. enthalte nämlich die Bestimmung, daß die bürgerlichen Gesetze des Kantons Aargau auf alle Personen und Sachen Bezug haben, die sich im Gebiete des Kantons befinden und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen seien. Dieser hier ausgesprochene Grundsatz sei ein Ausfluß der Territorialhoheit des Staates

und erleide daher nur da Ausnahmen, wo der Gesetzgeber solche ausdrücklich aufstelle, oder wo der Staat mit andern Staaten durch besondere Concordate oder Verträge denselben für einzelne Fälle modifizirt habe.

Besondere Gesetze nun, die den Grundsatz aufgehoben, seien nicht vorhanden, aber ebensowenig Concordate oder Staatsverträge. Im Gegentheil werde der Grundsatz durch das Concordat vom 15. Juli 1804, resp. 8. Juli 1818, welches über Fallimentssachen von einer Reihe von Kantonen abgeschlossen worden und dem die Kantone Aargau und Zürich beigetreten, anerkannt und befestigt. Dasselbe schreibe in seinem ersten Artikel vor: „In Fallimentsfällen werden alle Schweizer, sowohl in verpfändeten als laufenden Schulden, in der privilegirten und der allgemeinen Klasse nach gleichen Rechten behandelt und collocirt, wie die Bewohner des Kantons selbst, in welchem der Geldstag vorgeht." Die zweite Bestimmung laute: „Die Gleichheit in Collocationen und Konkursen, welche der eine Kanton den Einwohnern des andern zusichert, ist nach den besondern Gesetzen desjenigen Kantons, wo das Falliment ausbricht, zu verstehen."

Wenn daher die Ehefrau Weber im Konkurse ihres Mannes eine Ansprache einreiche, so müsse sie nach den Gesetzen des Kantons, in welchem der Konkurs ausgebrochen, d. h. nach den Gesetzen des Kantons Aargau behandelt werden. Nach diesen Gesetzen stehe aber der Ehefrau Weber kein Vindikationsrecht zu, sondern habe sie das in die Ehe gebrachte Vermögen als Forderung und zwar die eine Hälfte dieser letztern in der Klasse, in welche die Spezialpfänder eingewiesen werden, und die andere Hälfte in der Klasse nach derjenigen für die laufenden Ansprachen geltend zu machen.

Das Concordat vom 15. Juli 1822 komme im Falle nicht in Betracht; durch dasselbe werden Erbrechtsverhältnisse geregelt und habe es keinen Bezug auf Fallimentssachen. U. v. 18. Juli 1855.*

* Der Tragweite und juristischen Bedeutung des §. 6 wird auch in den Fällen, welche unter Nr. 425, 437 und 438 behandelt sind, Erwähnung gethan.

7. Nach Vorschrift des §. 7 darf die Wirksamkeit der Gesetze, welche die Handhabung der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten zum Zwecke haben, durch Verfügungen Einzelner nicht beschränkt werden. Einen Fall, in dem diese Vorschrift zur Anwendung kam, siehe in Nr. 352.

8. Dem von Frau M. von München aus eingereichten Aufforderungsgesuche gegenüber wurde die Einwendung angebracht, die in Bayern

wohnende Provokantin sei aargauische Bürgerin, sie bedürfe daher zur Führung des Rechtsstreites und zur Ausstellung einer Vollmacht der Mitwirkung eines Beistandes (der Fall spielte im Jahr 1853); weder die Aufforderungsklage, noch die an ihren Vertreter ausgestellte Vollmacht sei von einem Beistande unterzeichnet und deßhalb der Provokant nicht pflichtig, sich auf das Provokationsgesuch einzulassen.

Es erzeigte sich nun allerdings als richtig, daß die Provokantin Bürgerin einer aargauischen Gemeinde sei, allein es ergab sich auch, daß dieselbe im Besitze des bayerischen Staatsbürgerrechtes sich befinde und konnte deßhalb die fristliche Einrede nicht als begründet angesehen werden. Nach allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen sowohl, als nach positiven Vorschriften des aargauischen Rechts (§. 8 und 9 des a. b. G.) ist die persönliche Fähigkeit der Personen zu Rechtshandlungen, wo diese immer stattfinden mögen, nach den Gesetzen der Heimath zu beurtheilen. Allein die Provokantin besitzt das Bürgerrecht zweier Staaten, dasjenige des Königreichs Bayern und dasjenige des Kantons Aargau, und es entsteht daher die Frage, wessen Staates Gesetzgebung im Falle zur Anwendung zu bringen sei. Diese Frage wird durch die Analogie des §. 278 des a. b. G. entschieden. Der letztere schreibt nämlich vor, daß wenn Jemand mehrere Ortsbürgerrechte besitzt, die Bestellung des Vormundes der Vormundschaftsbehörde derjenigen Gemeinde zukomme, in welcher derselbe seinen Wohnsitz hat. Der Wohnsitz der Provokantin ist nun München und muß deßhalb die bayerische Gesetzgebung im Falle den Ausschlag geben. Nach der Gesetzgebung des Königreichs Bayern ist aber die Frauensperson selbstständig und dispositonsfähig und deßwegen, wenn sie daselbst eine Vollmacht ausstellt die Mitwirkung eines Beistandes nicht erforderlich. U. v. 24. Mai 1853.*

*) Mit Bezug auf §. 8 des a. b. G., wonach Kantonsangehörige in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Kanton vornehmen, an dessen Gesetze gebunden bleiben, insofern die persönliche Fähigkeit, jene Geschäfte und Handlungen zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, siehe auch Nr. 58.

§§. 10—17.

9. Die Gültigkeit einer Vollmacht, welche eine in Neuenburg wohnende Weibsperson ausgestellt hatte, wurde bestritten und zwar wesentlich aus dem Grunde, weil dieselbe nicht von ihr selbst unterzeichnet worden (§. 51 der PO.) und diejenigen besondern Vorschriften und Förmlichkeiten nicht erfüllt seien, welche die §§. 135 und 136 der

PO. verlangen, wenn der Aussteller einer Privaturkunde nicht fähig ist, dieselbe zu unterzeichnen.

Dagegen kommt aber in Erwägung, daß die formellen Erfordernisse des Aktes der Bevollmächtigung nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen sind, an welchem dieser Akt errichtet worden, wie sich dies aus §. 10 des a. b. G. unzweifelhaft ergibt. Es kann daher nicht beanstandet werden, daß die im Kanton Neuenburg ausgefertigte Vollmacht auch im Kanton Aargau als rechtsgültig zu betrachten ist, sofern nur bei deren Errichtung die in Neuenburg geltenden Gesetzesvorschriften beobachtet worden. U. v. 20. Dezember 1869.

10. Ebenso wurde die Frage, welche formellen Erfordernisse eine in Nordamerika ausgestellte Vollmacht voraussetze, an der Hand des §. 10 beantwortet. U. v. 30. November 1869.

11. In nachstehendem Falle wurde §. 11 des a. b. G. als wesentliches Begründungsmoment angesehen.

Ein Bürger aus dem Kanton Luzern belangte einen Bürger aus dem Kanton Aargau um einen Betrag von Fr. 70. Dieser letztere anerkannte, die fragliche Summe schuldig geworden zu sein, entgegnet aber zugleich, er habe dem Kläger eine Beweglichkeit (einen Hund) um den Preis von Fr. 40 zu kaufen gegeben; da ihm dieses Betreffniß nicht bezahlt worden, wolle er es nun abrechnungsweise in Berücksichtigung gebracht wissen.

Der luzern'sche Kläger bestritt in der Replik die zur Compensation gebrachte Gegenforderung mit der Einwendung, daß der Handel um die fragliche Beweglichkeit im Kanton Luzern abgeschlossen worden, er im Besitze des Kaufsgegenstandes (des Hundes) sich befinde und deßhalb nach §. 629 des luzernischen Gesetzbuches die Tilgung des Kaufspreises rechtlich vermuthet werden müsse.

Infolge dessen wurde vom Bezirksgericht dem Beklagten durch den negativen Haupteid zu beweisen aufgegeben, daß der Kläger den Kaufpreis nicht bezahlt habe. Der Beklagte glaubte jedoch, sich dieses Urtheil nicht gefallen lassen zu müssen, indem er die Ansicht vertheidigte, daß es nicht seine Aufgabe sein könne, darzuthun, daß der Kläger nicht Zahlung geleistet habe, sondern daß es vielmehr Aufgabe des letztern sei, den Beweis der Zahlung zu übernehmen.

Nach einem allgemeinen, auch in die aargauische Prozeßordnung aufgenommenen Grundsatze soll allerdings eine Thatsache in der Regel von Demjenigen bewiesen werden, welcher dieselbe behauptet und aus dieser Behauptung einen Angriffs- oder Vertheidigungsgrund ableitet.

Diesem Grundsatze zufolge würde in concreto dem Kläger der Beweis der Zahlung des dem Beklagten versprochenen Kaufpreises obliegen, weil sich diese Thatsache zu einer Schutzbehauptung gestaltet, die die Einrede der Compensation unwirksam macht.

Allein im Falle kommt der erwähnte Grundsatz nicht zur Anwendung. Es ist als richtig anzunehmen, daß der fragliche Kauf im Kanton Luzern eingegangen worden. Nun schreibt §. 11 des a. b. G. des Kantons Aargau vor, daß wenn Kantonsfremde mit Kantonsbürgern außer dem Kanton Rechtsgeschäfte vornehmen, diese nach den Gesetzen des Orts, wo das Geschäft abgeschlossen worden, beurtheilt werden sollen, insofern bei der Beurtheilnng nicht ein anderes Recht zu Grunde gelegt worden ist, oder den Kantonsbürgern nicht die in §. 8 enthaltene Vorschrift entgegen steht. Daß eine der beiden Ausnahmsbestimmungen beim fraglichen Kaufe zutreffe, wird nicht behauptet und muß daher das Rechtsgeschäft, der Kauf, nach luzernischem Gesetze beurtheilt werden, das in §. 629 verordnet: „Wenn der Käufer einer beweglichen Sache in den Besitz derselben vom Verkäufer gesetzt wird, so wird vermuthet, dieselbe sei bezahlt, falls der Verkäufer nicht durch ein gesetzliches Beweismittel darthut, daß er den Kaufpreis noch zu fordern habe."

Dieser Gesetzesstelle gemäß spricht also für den Kläger (Käufer) die Vermuthung, daß er die ihm vom Beklagten überlassene Sache bezahlt habe und ist daher dem letztern mit Recht der Gegenbeweis, daß die Waare nicht bezahlt sei, auferlegt worden. U. v. 18. August 1870.

12. Nach dem Inhalt des §. 13 des a. b. G. muß bei Beurtheilung eines Rechtsfalles, wenn er weder aus den Worten noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes sich entscheiden läßt, auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle und auf die Gründe anderer damit verwandter Gesetze Rücksicht genommen werden.

In Nr. 8 ist ein Fall besprochen, dessen hauptsächlicher Entscheidungsgrund aus der Rechtsanalogie genommen ist.

In Ansehung dieser letztern sind auch noch die Fälle unter Nr. 71 und 72 in Betracht zu ziehen.

13. Mit der Bestimmung des §. 16, welcher zufolge mit der Kundmachung des bürgerlichen Gesetzes die besondern Orts- und Landesrechte, sowie sämmtliche Gewohnheitsrechte außer Kraft erklärt werden, vrgl. Nr. 214.

Erster Theil.

Personenrecht.

Erster Theil.

Von dem Personenrecht.

Erstes Hauptstück.

Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen.

Erster Abschnitt.

Von den Personen und ihren Rechten überhaupt.

§§. 18—32.

§. 19 des a. b. G. handelt von den juristischen Personen, indem er bestimmt, daß dieselben auf eigenen Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können. Aus diesem Grunde wird hier solchen Entscheidungen eine Stelle angewiesen, welche mit Bezug auf Gerechtigkeits- und Nutzungsgenossenschaften erlassen worden, da dieselben, im Sinne des deutschen Rechts wenigstens, ebenfalls als juristische Personen zu betrachten sind. Ferner folgen zwei Urtheile, wovon das eine die Theilung des Kirchenguts von Köllikon unter die Kirchgemeinden Köllikon und Safenwil betrifft, das andere sodann ausspricht, daß Entscheidungen über streitige Gemeindemarken nicht dem Civilrichter zustehen.

Aeußerst selten sind Streitigkeiten über Materien, welche durch die übrigen in diesem Abschnitte enthaltenen Vorschriften (§. 20—32) normirt sind. — Hinsichtlich dieser Materien finden sich in den Protokollen keine Fälle, welche juristisches Interesse in Anspruch zu nehmen geeignet wären.

14. In einem Streite über den Loskauf von sogenannten Holzgerechtigkeiten kam die Frage zur Beantwortung, wem das Eigenthum an Grund und Boden dieser Gerechtigkeiten zustehe.

Die Gemeinde behauptete nämlich, daß sie Eigenthümerin sei und die Gerechtigkeitsbesitzer nahmen das Eigenthum für sich in Anspruch.

Die streitige Frage wurde folgendermaßen gelöst: Als gerechtfertigt erzeige sich die Ansicht, daß Grund und Boden im Eigenthum der Ge-

meinde sich befinden. Wären die Gerechtigkeitsbesitzer Eigenthümer des Bodens, so könnte man überhaupt nicht mehr von Gerechtigkeiten sprechen, sondern man müßte diese Waldungen unter das freie, unantastbare Eigenthum der Gemeinde stellen, das unter der Garantie des §. 19 der Staatsverfassung stehe und nur durch ein besonderes Dekret des Großen Rathes, wenn das öffentliche Wohl es erfordert, dem Eigenthümer gegen volle vorherige Entschädigung entzogen werden könne.

Wenn aber die Gerechtigkeiten unter den Begriff des §. 19 fallen, so wäre §. 20, insofern er von den Gerechtigkeiten handle, völlig überflüssig. Gerade aus diesen beiden Bestimmungen ergebe es sich, daß wenn von Eigenthum und Gerechtigkeiten die Rede sei, man es mit zwei ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen zu thun habe.

Von einem auf dem Wege der Verjährung erworbenen Eigenthum könne nicht gesprochen werden, indem die einzelnen Besitzer bloß numerische Nutzungsberechtigungen, nicht aber ausgeschiedene Theile an Grund und Boden besessen haben. U. v. 1863.

15. Im Gemeindebann Rynikenbefindet sich eine 30 bis 40 Jucharten haltende Waldung, welche „Iberg-Gabenhalde" genannt wird. Von einem Antheilhaber wurde die Theilung dieser Waldung nachgesucht; allein sein Begehren wurde verworfen, weil die fragliche Halde als Genossenschaftswaldung sich erzeigte, welche sowohl nach ihrer Natur als nach §. 19 des aargauischen Forstgesetzes nicht zerstückelt werden darf.

Dem diesfälligen Urtheil wird nachstehende Betrachtung entnommen: Die prozedurliche Sachlage spreche dafür, daß bezüglich der Gabenhalde im Iberg zu Ryniken nur über Nutzungsantheile contrahirt worden und überhaupt nur solche Antheile dem privatrechtlichen Verkehre anheim gegeben gewesen, daß demzufolge auch das Recht der einzelnen Antheilhaber an besagter Waldung nicht in einem Eigenthums-, resp. Miteigenthumsanspruch im Sinne der §§. 456 und 452 des a. b. G. bestehen könne, sondern lediglich in einem Anspruch am Ertrage, in bestimmt ausgemittelten Nutzungsantheilen.

Forsche man nun nach der rechtlichen Natur dieses den einzelnen Antheilhabern an der fraglichen Waldung zustehenden Nutzungsrechtes, so sei einleuchtend, daß man es im Falle nicht mit der Dienstbarkeit der Nutznießung, überhaupt nicht mit einer Dienstbarkeit zu thun habe, indem gerade wesentliche Voraussetzungen zu einer Servitut nicht vorhanden seien. Wenn aber die Rechtssamen der einzelnen Antheilhaber nicht als Servitut anzusehen seien, wenn sodann denselben gezeigtermaßen auch nicht die Bedeutung des Eigenthums, resp. Miteigenthums an Grund und Boden der Gabenhalde innewohne, so gelange man mit Nothwendig-

keit zu dem Ergebniß, daß das Verhältniß der Parteien und der übrigen Berechtigten zur Iberg-Gabenhalde als dasjenige einer Genossenschaft aufzufassen und daß daher die Halde selbst den Charakter einer Genossenschaftswaldung an sich trage, in ähnlicher Weise, wie dem Gemeindewald und den in einem Theile des Kantons bestehenden Gerechtigkeiten die Eigenschaft eines Genossenschaftsgutes zukomme.

Der rechtliche Charakter der Gabenhalde im Iberg differire allerdings beträchtlich von demjenigen einer Gemeindewaldung, indem bezüglich der letztern nur Gemeindeangehörige als anspruchsberechtigt erscheinen und die daherigen Rechtsamen der einzelnen Genossen nicht Gegenstand privatrechtlichen Verkehres sein können. Allein daraus ergebe sich noch keineswegs, daß der Gabenhalde im Iberg zu Rynikon das Wesen einer Genossenschaftswaldung abgehe.

Die ursprünglich nur den Mark- (Gemeinde-) Genossen zugestandene Bewirthung und Benutzung der gemeinsamen Waldung habe im Laufe der Zeiten verschiedene Modifikationen erlitten. Betrachte man die Rechtsbildung in den deutschen Gemeinden, so begegne man da und dort der Erscheinung, daß die den Genossen angehörigen Nutzungsantheile an der gemeinsamen Waldung in der Art festgestellt worden, daß nur eine bestimmte Anzahl derselben als nutzungsberechtigt erklärt und daß diese Nutzungsantheile sogar dann später verkauft, vertauscht, überhaupt zum Gegenstande des Privatverkehrs gemacht worden seien.

Dieses Verhältniß habe sich hie und da in der Weise ausgebildet, daß diejenigen als Glieder der Genossenschaft angesehen worden, welche derartige Nutzungsquoten erworben, ohne Rücksicht darauf, ob sie in einem und demselben Gemeindeverband sich befunden, oder aber verschiedenen Gemeinden angehört haben. Und gerade ein solches Rechtsverhältniß, wie es soeben beschrieben worden, bilde das Objekt der vorwürfigen Streitsache, — ein Rechtsverhältniß, welches allerdings dem der oben erwähnten Gerechtigkeiten näher stehe, als demjenigen einer Gemeindewaldung.

Schließlich frage es sich noch, ob unter der Gesammtheit der Antheilhaber an fraglicher Waldung auch eine Organisation bestehe, da eine solche als ein Merkmal für das Vorhandensein einer Genossenschaft betrachtet werde. Es könne wohl nicht bezweifelt werden, daß diese Frage zu bejahen sei.

Eine geschriebene Organisation liege allerdings nicht vor, wohl aber eine solche, welche im Laufe der Zeiten durch Uebung und Gewohnheit sich gebildet habe. Der 30 bis 40 Jucharten haltende Wald sei in 11 Gaben abgetheilt, alle drei Jahre werde eine Gabe geschlagen und deßhalb der ganze Wald in einem 33jährigen Abtrieb benutzt; sodann zer-

falle die alle drei Jahre zum Abtrieb kommende Gabe in 11 Haupttheile, welche den einzelnen Nutzungsberechtigten zukommen, und zwar in eben dem Verhältniß, in welchem sie auf eine Gabe Anspruch zu machen berechtigt seien. U. v. 1. Juli 1864.

16. Ebenso wurde dem Begehren um Theilung eines zirka 100 Jucharten haltenden Waldes nicht Folge gegeben, weil man auch diese Waldung als Genossenschaftsgut ansah.

In dem diesfälligen Entscheide wurde die rechtliche Bedeutung und das Wesen der Genossenschaft in folgender Weise charakterisirt:

Die Genossenschaft verbindet mehrere Menschen zu einem Ganzen in der Weise, daß die Gesammtheit derselben als das Rechtssubjekt erscheint, daß aber den einzelnen, das Rechtssubjekt bildenden Genossen, so lange die Genossenschaft existirt, bloße Theilrechte, freilich selbstständige und veräußerliche am Nutzen und Ertrag des Genossengutes zustehen. Das aargauische bürgerliche Gesetz enthält freilich weder eine Definition des Begriffs der Genossenschaft, noch Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder.

Allein da dieses deutschrechtliche Institut sich im Kanton und namentlich im Freiamt thatsächlich vielfach forterhalten und auch im Forstgesetz besondere Berücksichtigung gefunden, so ist der Richter um so mehr genöthigt, da, wo es vorkommt, die darüber geltenden Grundsätze des deutschen Rechts anzuwenden, als die in unserm Gesetz allein recipirte römischrechtliche Lehre über Miteigenthum mit der Natur genossenschaftlicher Verhältnisse unvereinbar ist und durch ihre Anwendung auf dieselben zu großen Uebelständen führen müßte.

Sieht man sich demnach in Ermanglung eines positiven Gesetzes nach den Bestimmungen um, welche die Wissenschaft des deutschen Rechts über die Genossenschaften aufstellt, so lauten dieselben in ihrem Wesen dahin:

1. Die Genossenschaften haben Organe (Genossenversammlungen, Vorsteher), wodurch sich der Wille des Ganzen ausspricht und zwar in Mehrheitsbeschlüssen, wobei die Genossen nach den ihnen zustehenden Theilrechten mitwirken.

2. Die einzelnen Genossen können nicht auf reelle Theilung und Absönderung klagen, vielmehr kommt das Genossengut erst dann zur Vertheilung unter die Genossen, wenn die Genossenschaft aufgelöst oder aufgehoben wird.

3. Die Theilrechte dagegen können vererbt und veräußert werden und es tritt der bezügliche Rechtsnachfolger als Genosse an die Stelle des Vorhergängers. U. v. 21. November 1867.

17. Einen nicht uninteressanten Civilstreit hatte das Dekret des Großen Rathes vom 16. November 1865 zur Folge, wodurch die Gemeinde Safenwyl von der Kirchgemeinde Köllikèn losgetrennt und zu einer eigenen Kirchgemeinde und Pfarrei erhoben worden.

Safenwyl verlangte von Kölliken die Aushingabe eines entsprechenden Theils des Kirchenvermögens, sich wesentlich auf das Anbringen stützend:

In frühern Jahrhunderten habe zu Safenwyl eine von den Edlen von Schävingen gestiftete St. Ulrichs Kapelle bestanden, welche ansehnliche Güter und Einkünfte besessen habe. In der spätern Geschichte sei diese Kapelle verschwunden und Safenwyl nach Zofingen kirchgenössig geworden, wohin ohne Zweifel auch das Kapellengut gezogen worden sei. Im Jahr 1616 habe aber wieder eine Lostrennung aus dem Kirchenverband von Zofingen stattgefunden und es seien die Safenwyler mit der Kirchgemeinde Kölliken vereinigt worden. Die Chronik von Zofingen enthalte dießfalls folgende Angabe:

„Safenwyl ward 1618 (sollte heißen 1616) von hiesiger Kirch-„gemeinde zu der von Kölliken geschlagen und ihr Kirchengut heraus-„gegeben und dorthin verlegt."

Hieraus ergebe sich, daß Safenwyl vor 1616 nach Zofingen kirchgenössig gewesen, dann nach Kölliken gekommen sei und das Vermögen mitgebracht habe.

Durch Dekret des Großen Rathes vom 16. November 1865 sei die Gemeinde Safenwyl von der Kirchgemeinde Kölliken losgetrennt und zu einer eigenen Kirchgemeinde und Pfarrei erhoben worden und es enthalte §. 8 dieses Dekretes folgende Bestimmung:

„Die gütliche oder rechtliche Auseinandersetzung der neuen Kirch-„gemeinde mit der Gemeinde Kölliken, bezüglich des Kirchengutes der „bisherigen Mutterkirche Kölliken bleibt vorbehalten."

Die Kirchgemeinde Kölliken in ihrem bisherigen Bestande habe nämlich ein Kirchengut besessen, aus dessen Ertrag diejenigen Bedürfnisse bestritten worden seien, welche in Ermanglung eines solchen Vermögens durch Steuern hätten gedeckt werden müssen.

Da nun die Gemeinde Safenwyl eine eigene Pfarrei und Kirchgemeinde geworden, so sei ihr auch ein entsprechender Theil an dem fraglichen Kirchengut herauszugeben.

Die Gemeinde Kölliken antwortete: Die Kirche zu Kölliken sei eine der ältesten des Landes, was sich daraus ergebe, daß das Gotteshaus St. Gallen laut vorhandener Urkunde den Kilchensaz zu Kölliken im Jahr 1345 den Johannitern zu Biberstein verkauft habe.

Im Jahr 1507 sei den Bewohnern von Kölliken zu neuer Auf-

richtung ihrer Pfarrkirche von der Regierung in Bern ein Steuereinsammlungsbrief ertheilt worden. Vom Jahr 1525 finde sich ein Spruchbrief über das Pfrundkorpus von Kölliken und vom Jahr 1535 ein Kaufbrief, wornach Veste und Stadt Biberstein mit dem Kilchensatz von Kölliken an Schultheiß und Rath der Stadt Bern übergegangen seien. Im Raths-Manual der Stadt Bern vom 25. Juli 1616 finde sich folgende Stelle: „Lenzburg. Das mgh. zu ufhebung böser Disciplin „geordnet, daß die von Savenwyl gan Colligken Kilchgenössig sien, da- „selbst Reformirt werden sollindt."

Hieran knüpfte die Beklagte nebst Anderem die Behauptung: Kölliken habe schon damals, im Jahr 1616 ein Kirchenvermögen besessen und sei das Kirchengut von Kölliken immer das Eigenthum der Gemeinde Kölliken geblieben, was sich daraus erkläre, daß Safenwyl durch einen Gewaltakt von oben herab noch Kölliken eingepfarrt worden; Safenwyl habe schon wiederholt nach dem Miteigenthumsrecht an dem Kirchengut getrachtet, aber ohne Erfolg — und gelangte dann zu den Schlußfolgerungen:

1. Es sei nachgewiesen, daß die Kirche in Kölliken, bevor die Gemeinde Safenwyl ihr zugetheilt worden, bereits ein Kirchengut besessen habe.

2. Das gegenwärtige Kirchengut von Kölliken sei seit Jahrhunderten von der Gemeinde Kölliken als Eigenthum besessen worden.

3. Die Gemeinde Safenwyl habe nie irgend etwas zu Aeufnung des fraglichen Kirchenguts beigetragen.

4. Das Kirchengut von Kölliken sei in seinem Ertrage früher zu anderweitigen als blos kirchlichen Zwecken, namentlich zu Schulzwecken der Gemeinde Kölliken allein, verwendet worden, während Safenwyl nicht das Mindeste daraus erhalten.

5. Kölliken habe von jeher ein alleiniges, Safenwyl ausschließendes Eigenthum an fraglichem Vermögen geltend gemacht und Safenwyl diesen Besitzstand anerkannt; letzteres sei dann auf dem Wege der Administrativklage dagegen aufgetreten, jedoch an den Civilrichter gewiesen worden, habe diesen aber bisher nicht angerufen, so daß die Gemeinde Kölliken bis jetzt im ungestörten Besitz des fraglichen Vermögens geblieben sei.

6. Diese Thatsachen begründen der Klage gegenüber die Einrede der Verjährung; sollte diese aber auch nicht zutreffen, so sei

7. das Kirchengut von Kölliken dazu gestiftet worden, um für die Bedürfnisse der dortigen Kirche zu dienen; durch Ausscheidung von Safenwyl werden diese Bedürfnisse nicht vermindert.

Das Klagbegehren, welches die Gemeinde Kölliken im ganzen Umfange bestritten, führte zu folgender Erörterung:

Nach Lage der Akten müsse als constatirt angesehen werden, daß die Gemeinde Kölliken lange vor der Einpfarrung Safenwyls ein Kirchen-

gut besessen habe; dieses erhelle namentlich aus den zu den Akten gebrachten Rechnungen über fragliches Kirchengut aus den Jahren 1539 bis 1586; auch werde diese Thatsache von Seite der Klägerin gar nicht bestritten.

Allein es dürfe derselben für die Entscheidung des obwaltenden Streites kein Gewicht beigelegt werden. Ebenso unerheblich seien die übrigen von der Beklagten angeführten historischen Ereignisse, welche sich vor dem Jahr 1616 zugetragen, weil sich daraus nur die von der Beklagten nicht bestrittene Thatsache ableiten lasse, daß Kölliken vor der Zutheilung von Safenwyl schon eine Kirchgemeinde gewesen sei und eigenes Kirchengut besessen habe.

Die Beklagte behaupte, daß die Klägerin nur dann einen gegründeten Anspruch auf einen Vermögensantheil machen könnte, wenn sie nachzuweisen vermöchte, daß auch sie zur Aeufnung des Kirchengutes beigetragen.

Es habe nun die Klägerin allerdings nicht dargethan, daß sie dem Kirchenfond von Kölliken Vermögen zugebracht habe. Allein auch die Frage, ob von Seite der Gemeinde Safenwyl eine solche Vermögenseinkehr stattgefunden, sei nicht von Erheblichkeit, sondern es müssen vielmehr folgende Gesichtspunkte als entscheidend angesehen werden:

Aus den Akten erhelle, daß die Gemeinde Safenwyl bis 1616 nach Zofingen kirchgenössig gewesen sei; in diesem Jahre sei sie nach Kölliken umgepfarrt worden und zwar könne von der Beklagten nicht widersprochen werden, daß diese Verfügung von der kompetenten Behörde ausgegangen sei; auch ergebe sich aus der bisherigen Erörterung, daß der Richter annehmen müsse, diese Zutheilung der Safenwyler zur Kirchgemeinde Kölliken sei unter den üblichen Bedingungen und den mit einer solchen Maßregel gewöhnlich und allgemein verbundenen Folgen geschehen.

Als eine solche natürliche, zugleich aber sehr wichtige Folge sei nun zunächst anzusehen, daß die Bewohner von Safenwyl in ganz gleichem Maße Kirchgenossen von Kölliken geworden seien wie die Bewohner der letztern Gemeinde selbst. In Beziehung auf ihre kirchlichen und religiösen Bedürfnisse sei daher die Gemeinde Safenwyl in die ganz gleichen Rechte getreten wie Kölliken und es habe dießfalls kein Unterschied bestanden zwischen den beiden Gemeinden. Wäre ein solcher Unterschied beabsichtigt gewesen und hätte die betreffende Behörde die neuen Kirchgenossen von Safenwyl nicht als gleichberechtigt mit den bisherigen von Kölliken hinstellen wollen, so hätte *dieses bei der Vereinigung ausdrücklich gesagt werden müssen.*

Nun habe aber die Beklagte nicht behauptet, geschweige denn bewiesen, daß bei der Zutheilung von Safenwyl nach Kölliken eine be-

schränkende Bestimmung in erwähntem Sinne beigefügt worden; sie behaupte nur, die dießfällige Verfügung der Regierung in Bern sei ein Gewaltakt gewesen. Allein es dürfe nicht bestritten werden, daß die letztere als Inhaberin des obersten Kirchenregiments in ihrer Kompetenz gehandelt und es komme daher ihrem Erlaß, auch wenn dadurch die Rechte von Kölliken beeinträchtigt worden wären, gesetzliche Kraft mit allen Folgen zu.

Seien nach dieser Betrachtung die Bewohner von Safenwyl im Jahr 1616 vollberechtigte Kirchgenossen der Kirchgemeinde Köllikon geworden, so seien sie auch in die gleichen Rechte bezüglich des der gesammten Kirchgenossenschaft zugehörigen Vermögens getreten, welche den frühern Kirchgenossen zugestanden, mit andern Worten: das Kirchengut von Köllikon sei zum Kirchengut der Gesammtkirchgemeinde Köllikon-Safenwyl geworden. Während bisher die Civilgemeinde Köllikon, identisch mit der Kirchgemeinde Köllikon, Eigenthümerin desselben gewesen, müsse seit 1616 die Kirchgemeinde Köllikon-Safenwyl als solche angesehen werden.

Allerdings seien bis zum Jahr 1811 die Erträgnisse des streitigen Guts von der Gemeinde Köllikon theilweise auch zu nicht kirchlichen Zwecken verwendet worden; namentlich finden sich in den Rechnungen Ausgaben zu Gunsten der Armen und der Schule, für welch' letztere z. B. von Martini 1666 bis gleiche Zeit 1667 über 100 Gulden ausgegeben worden.

Allein dieser Umstand vermöge dem Gute die Eigenschaft des Kirchengutes nicht zu benehmen; denn vorerst dürfe nicht außer Acht gelassen werden, daß in frühern Jahrhunderten es die Kirche gewesen, welche sowohl das Armen- als das Schulwesen in Schutz und Pflege genommen und daß es daher den kirchlichen Charakter eines Gutes durchaus nicht beeinträchtige, wenn auch für die genannten Zwecke Verwendungen daraus gemacht werden. Sodann aber seien solche Verwendungen von Safenwyl nicht unbeanstandet hingenommen und es sei vom Kleinen Rath beschlossen worden, daß der Ertrag des Kirchengutes von nun an nicht mehr zu außerkirchlichen Zwecken verwendet werden soll. Gerade dieser Beschluß revindizire dem streitigen Vermögen die Eigenschaft eines Kirchengutes, welche durch die Art und Weise der frühern Verwaltung und Verwendung habe verwischt werden wollen und zwar eines allgemeinen Kirchengutes der Kirchgemeinde Köllikon-Safenwyl.

Die bisherigen Erörterungen führen dahin, daß das streitige Vermögen ein gemeinsames Corporationsgut der Kirchgemeinde Köllikon-Safenwyl geblieben sei. Nachdem nun letztere Gemeinde zu einer selbstständigen Kirchgemeinde erhoben und also die frühere Corporation in

zwei solche getheilt worden, bringen es allgemeine Rechtsgrundsätze mit sich, daß auch das gemeinsame Gut unter die beiden neuen Corporationen getheilt werde.

Dieses Verhältniß sei dem Falle ganz analog, wenn eine Civilgemeinde in mehrere getrennt werde; eine solche Trennung führe immer die Theilung des allgemeinen Gemeinde-, Schul- und Armengutes mit sich und es lasse sich kein vernünftiger Grund denken, warum bei Theilung einer Kirchgemeinde nicht das Gleiche in Bezug auf das gemeinsame Kirchengut geschehen sollte. U. v. 28. März 1871.

18. Die Gemeinde Rohr hatte von der Gemeinde Biberstein für auf dem rechten Aarufer gelegenes Schachenland eine (Maikäfer- und Engerling-) Steuer zusammen mit Fr. 44. 18 gefordert.

Als die Gemeinde Biberstein dem Zahlungsbegehren Folge gegeben, verlangte sie auf dem Wege der Administrativklage die Rückerstattung des ausgerichteten Betrages, indem sie behauptete, das in Frage stehende Schachenland gehöre in den Gemeindebann Biberstein und habe somit die Gemeinde Rohr kein Recht, dieses Land mit Steuern zu belegen.

Die Gemeinde Rohr dagegen machte geltend, daß das mit der fraglichen Steuer belastete Land einen Bestandtheil ihres Gemeindebannes bilde und schloß mit dem Begehren, daß der Administrativrichter, weil die Grenze zwischen den Gemarkungen der beiden Gemeinden streitig seien, den Entscheid über die vorwürfige Streitfrage ablehnen wolle.

Die Berechtigung der Gemeinde Rohr zur Besteurung des der Gemeinde Biberstein gehörenden, auf dem rechten Aarufer liegenden Schachenlandes hängt wirklich von dem Entscheid der Frage ab, ob das betreffende Aereal innert den Marken des Gemeindebannes Rohr gelegen sei. Es handelt sich daher vor allem aus um die Erledigung dieser Frage.

Die Behauptung der Beklagten, daß die Entscheidung über diesen Streitpunkt in den Geschäftskreis der vollziehenden Behörde und nicht des Administrativrichters gehöre, erscheint nun bei Würdigung des §. 71 des Arg. Ges. für den Regierungsrath allerdings als begründet, indem daselbst unter Lit. G. als in die Kompetenz der Direktion des Innern fallend aufgeführt wird: Die Berichtigung zweifelhafter Gemeindemarken und Entscheidungen diesfälliger Streitigkeiten.

Es konnte daher auf die desfällige Administrativklage nicht eingetreten werden. U. v. 28. Juni 1871.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Wohnsitz.

§§. 33–38.

19. Gegen das Stimmregister, welches der Gemeinderath v. Wohlen in Ausführung der regierungsräthlichen Wahlverordnung zur Gesammterneuerung des Großen Rathes vom 2. Febr. 1864 bereinigte, wurde eine Beschwerde eingereicht mit dem Schlußbegehren, daß einzelne andern Aargauischen Gemeinden angehörige Bürger, welche zwar in Wohlen sich befinden, dagegen aber keine Ausweisschriften hinterlegt hatten, aus dem Stimmregister gestrichen werden möchten.

Nach §. 36 der Aarg. G. Verf. sind in den Wahlversammlungen der Kreise nun allerdings blos die in der Gemeinde, resp. in dem Kreise wohnhaften Kantonsbürger stimmfähig und zufolge §. 35 des a. b. G. (§. 57 des Fremdengesetzes vom 7. Mai 1846) ist nur derjenige als in einer Gemeinde wohnhaft zu betrachten, welcher diese Gemeinde wirklich bewohnt und durch Hinterlage seiner Ausweisschriften die Absicht an den Tag gelegt, dieselbe zu seinem ordentlichen Aufenthaltsorte zu machen.

Dem Begehren mußte daher als einem begründeten entsprochen werden. U. v. 8. August 1864.

20. Am 13. Januar 1870 wurde der noch minderjährige N. N. der elterl. Gewalt entlassen und zugleich auch die wegen besonderer Vermögensverwaltung seinerzeit über ihn verhängte Pflegschaft aufgehoben. Nicht lange darauf, nämlich am 19. Januar, hatte derselbe — nachdem er zur Regelung der Angelegenheiten, welche für ihn im Aargau zu besorgen sind, einen Bevollmächtigten bezeichnet — seine aargauische Heimathgemeinde verlassen und sein Domizil nach Genf verlegt.

Als nun am 24. Januar 1870 beim Richter seiner Heimath eine gegen ihn gerichtete Klage auf Leistung eines Beitrages an die Kosten der Verpflegung und Erziehung eines außerehelichen Kindes eingereicht und seinem Bevollmächtigten offiziell zugestellt worden, erhob der Letztere dagegen die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des aargauischen Bezirksgerichts, darauf hinweisend, daß sein Mandant sich in Genf niedergelassen habe.

Diese Einrede erweist sich auch als gerechtfertigt; die Klage, als eine reine Forderungsklage, kann nur beim Richter des Wohnorts angebracht werden, denn durch §. 50 der Bundesverfassung wurde die Vorschrift des §. 230 des a. b. G. entkräftet.

Nun war seit dem 19. Januar 1870 Genf der Wohnort des Beklagten, indem er von jenem Tage an daselbst sich aufhielt und durch Abgabe der Heimathschriften kund gegeben, daß nun diese Stadt sein Domizil sein solle. §. 35 des a. b. G.

Die Klägerin getröstete sich aber der Einwendung, daß die Sache schon mit der Einreichung der Klage rechtshängig geworden, daß diese aber schon am 6. Januar stattgefunden, zu einer Zeit, als der Bekl. noch unter elterl. Gewalt und unter Pflegschaft gewesen und daß er damals, wie dies aus §. 38 des a. b. G. erhelle, den Wohnsitz seines Vaters und seines Pflegers gehabt habe und knüpfte daran die Betrachtung, daß die jedenfalls zu jener Zeit noch vorhandene Zuständigkeit des aarg. Gerichts durch den später eingetretenen Wechsel des Domizils nicht alterirt worden sei.

Die Klägerin geräth nun aber in Widerstreit mit §. 83 der P.-O., wonach der Prozeß erst mit der Zustellung der Klage an den Beklagten seinen Anfang nimmt und daher erst von diesem Zeitpunkt an der Domizilswechsel des Beklagten auf die Gerichtsbarkeit keinen Einfluß mehr auszuüben vermag. U. v. 19. Oktober 1870.

21. Der unter Pflegschaft gestandene Jakob Häfeli von Seon, im Refenthal, Gemeinde Gränichen wohnhaft gewesen, errichtete vor der Gerichtsbehörde von Aarau eine letzte Willensverordnung.

Diese Verordnung wurde von den gesetzlichen Erben des Häfeli als gesetzwidrig angegriffen indem sie unter anderm anbrachten: Der Pfleger des Testators wohne in Seon und der Pflegbefohlene habe den Wohnsitz seines Pflegers (§. 38 des a. b. G.) und wäre deßhalb einzig die Gerichtsbehörde von Lenzburg zur Aufnahme des Testaments competent gewesen.

Eine einläßliche Prüfung der Sache führt indessen zur Ansicht, daß es sich hier lediglich um das faktische, nicht aber um das rechtliche Domizil handeln kann, sonach der Richter des wirklichen Wohnortes des Häfeli, d. h. derjenige des Bezirks Aarau als zur Testamentsaufnahme zuständig anzusehen ist.

Die nähere Erörterung dieser Frage siehe in Nro. 404.

22. Der Pfleger der nach Amerika ausgewanderten Brüder Cölestin und Johann Widmer von Freienwil hatte Namens derselben Eigenthumsansprüche auf ein Grundstück, das als Bestandtheil der Gantmasse ihres Vaters erklärt werden wollte, erhoben und auf dem Wege der Klage geltend gemacht. Vom beklagten Theile wurde mit dem Anbringen, daß die Kläger nach Amerika ausgewandert seien und im Kanton kein Vermögen besitzen, das Begehren ans Recht gesetzt: dieselben seien,

zu verhalten, ihm nach §. 390 der P.-O. für die Kosten des Streites Sicherheit zu leisten.

Vom Vertreter der Kläger wurde dagegen eingewendet: dieselben hätten einen amtlich verpflichteten Pfleger, welcher seinen Wohnsitz im hierseitigen Kanton habe; nach §. 38 der a. b. G. haben die Kläger den Wohnsitz ihres Pflegers und sei sonach das Begehren um Kostenversicherung nicht gerechtfertigt.

Das Kostenversicherungsbegehren des Beklagten wurde aber trotz dieser Einwendung für begründet erklärt, indem man fand: Nach §. 38 des a. b. G. hätten Pflegbefohlene allerdings den Wohnsitz ihrer Vormünder. Hier sei aber nicht von einer Vormundschaft, sondern von einer davon wesentlich verschiedenen Pflegschaft die Rede. Nach §§. 271 und 272 des a. b. G. werde ein Pfleger für Abwesende dann zumal bestellt, wenn sie keinen ordentlichen Bevollmächtigten zurückgelassen, wenn die ertheilte Vollmacht erloschen ꝛc.; es folge hieraus, daß der für Abwesende bestellte Pfleger in seiner Bedeutung eben als nichts anders anzusehen sei, als ein vom Abwesenden selbst bestellter Bevollmächtigter.

Werde aber der Wohnsitz eines Abwesenden durch Zurücklassung eines Bevollmächtigten nicht geändert, so finde eine Aenderung auch nicht statt, wenn dem Abwesenden ein Pfleger geordnet werde. Zudem müsse unterschieden werden zwischen der Pflegschaft zu einem gewissen Zwecke und der Pflegschaft zur Vermögensverwaltung; im Falle hätten die Kläger zu beweisen, daß ihr Vertreter ihr Vermögenspfleger sei, beim Mangel dieses Beweises müsse derselbe gerade so, wie jeder gewöhnliche Vollmachtträger, dem das Mandat zu einem gewissen Zweck übertragen worden, betrachtet werden.

Es sei daher nicht anzunehmen, daß die Kläger, welche in Amerika abwesend seien, durch die für sie bestellte Pflegschaft den Wohnsitz im Kanton verlangt haben. U. v. 11. September 1856.

Dritter Abschnitt.

Von der Beurkundung des bürgerlichen Standes.

§§. 39—44.

23. In der Kirche zu Biel wurde am 30. Dezember 1848 die Ehe zwischen einem Bürger von Villnachern, welcher in La Chaux-de-Fonds wohnt und einer Tochter von Eviliard, Kantons Bern, eingesegnet und am gleichen Tage ein Knabe, welchen die Letztere am 29. Juni gleichen Jahres außerehelich zur Welt gebracht, in eben derselben Kirche getauft.

Als der Ehemann den Knaben vor dem die Taufe vollziehenden

Pfarrer als den seinigen anerkannt, stellte derselbe eine Copulationsurkunde und einen Taufschein aus, in welcher er den Knaben als Sohn der erwähnten Ehegatten bezeichnete. Gestützt auf diese Urkunde wurde dann sowohl die Ehe als auch der Knabe in das Bürgerregister von Villnachern eingetragen.

Die Gemeinde Villnachern trat nun im Jahr 1862 gegen den Knaben mit einer Klage auf, in welcher sie das Begehren stellte: Es wolle erkannt werden, sie sei nicht schuldig, denselben als ihren Bürger anzuerkennen.

Die Gemeinde suchte dieses Begehren mit dem Anbringen zu rechtfertigen: Der Beklagte sei außerehelich geboren, er habe auch durch die genannte Verbindung die Rechte eines ehelichen Kindes nicht erlangt, weil das außerehelich geborne Kind durch Verehelichung des Erzeugers mit der Mutter nur dann in die Familie eintrete und die Rechte eines ehelichen Kindes erhalte, wenn dasselbe dem Vater entweder gerichtlich zugesprochen oder für welches er zu einem Beitrage an die Kosten der Verpflegung und Erziehung verurtheilt worden (§. 276 des a. b. G.). Weder die eine noch die andere dieser beiden Bedingungen, von welchen die Ehelichkeit des Beklagten abhange, sei im Falle zutreffend. Die Einschreibung in's Bürgerregister habe aus Irrthum stattgefunden, nämlich in der unrichtigen Voraussetzung, daß demselben die Rechte eines ehelichen Kindes zustehen.

Vor Allem begegnet man nun der Thatsache, daß die mehrerwähnte, am 30. Dezember 1848 eingesegnete Ehe, sowie der am gleichen Tage getaufte Knabe als Kind der Ehegatten in's Ortsbürgerverzeichniß der Gemeinde Villnachern eingetragen worden. Diese Thatsache, welche aus der ausdrücklichen Anerkennung der Klägerin und ganz besonders aus einem zu den Akten gebrachten Auszuge aus dem Bürgerregister sich ergiebt, konstatirt nach Mitgabe von §. 41 des a. b. G. für den Beklagten den Besitz des Ortsbürgerrechts von Villnachern. Die angerufene Gesetzesstelle lautet nämlich: „Die Einschreibung in das Ortsbürgerverzeichniß hat für den Besitz des Ortsbürgerrechts und vermittelst desselben für denjenigen des Kantonsbürgerrechts volle Beweiskraft. Jedoch ist der Gegenbeweis vorbehalten, daß die Einschreibung aus Irrthum oder in rechtswidriger Absicht stattgefunden."

Die Klägerin sieht aber die Eintragung des Beklagten in ihr Bürgerverzeichniß als eine ungültige an, indem sie mit Bezugnahme auf den zweiten Satz dieser Gesetzesvorschrift die Behauptung aufstellt, daß der fraglichen Eintragung Irrthum zu Grunde liege.

Was nun den von der Klägerin geltend gemachten Irrthum anbelangt, so sagt sie selbst, daß die Eintragung an der Hand des Copu-

lationsscheines für die erwähnten Eheleute und des Taufscheines für den Beklagten, welche Urkunden das Pfarramt von Biel ausgestellt habe, erfolgt sei. Durch diese Urkunden hat der Gemeinderath von dem diesfälligen faktischen Verhältniß Kenntniß erlangt, namentlich ist demselben dadurch bekannt geworden, daß der Beklagte schon geboren gewesen, als die Einsegnung der Ehe stattgefunden, daß bei der Einschreibung der Ehe hierüber kein Zweifel habe walten können, geht unwiderleglich aus dieser selbst hervor; im Bürgerregister ist nämlich das Datum der eingegangenen Ehe der 30. Dezember 1848 und als Datum der Geburt des Beklagten der 29. Juni 1848 angeführt.

Bei dieser Sachlage kann nun jedenfalls nicht von einem Irrthume in thatsächlicher Beziehung gesprochen werden; wohl ist es möglich, daß der Gemeinderath in einem Rechtsirrthum sich befunden, daß er nämlich die Bestimmung des §. 246 des jetzigen bürgerlichen Gesetzbuches nicht gekannt oder übersehen, dagegen diejenige des §. 251 des früheren Personenrechts noch als wirksam erachtet oder sich gegenwärtig gehalten habe.

Allein sowohl nach allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen, als nach aargauischem Rechte kann der Rechtsirrthum der Klägerin nicht zu statten kommen. U. v. 1862.

24. Aus folgendem Falle erhellt, daß das Ortsbürgerrecht nicht nur durch die Geburts-, Ehe- und Todtenbücher und das Ortsbürgerverzeichniß, sondern auch durch einen andern gesetzlichen Beweis dargethan werden kann. — Gegen die Ortsbürgergemeinde von Niederwil wurde ein Bürgerrechtsstreit angehoben; der Kläger L. H. verlangte, daß er als Bürger der genannten Gemeinde anerkannt werde und gründete sein Begehren auf die Darstellung:

Das von ihm in Anspruch genommene Bürgerrecht müsse aus einer Urkunde des Gemeinderathes von Niederwil d.d. 23. Jänner 1816 abgeleitet werden, welche wesentlich folgenden Inhalts sei: „J. H. von Nesselnbach habe das Gesuch angebracht, es möchte ihm sein Niederwiler Bürgerrecht erneuert werden; der Gemeinderath habe diesem Gesuche entsprochen, aber nur unter der Bedingung, daß J. H. „„das ihme zu Guth stehete Burger Recht zu Niederwil““ alle 10 Jahre erneuern und für die Bürgerrechtserneuerung jeweilen 4 Fr. und die Schreibertaxe mit 5 bz. bezahle. Offenbar ergebe sich hieraus, daß J. H. Bürger von Niederwil gewesen und daß auch der Kläger, als dessen Großsohn, als solcher angesehen werden müsse.

Aus der erwähnten Urkunde geht allerdings unzweifelhaft hervor, daß J. H. das Bürgerrecht von Niederwil besessen habe; denn nur

unter der Voraussetzung, daß ihm das fragliche Bürgerrecht wirklich zugekommen, konnte vom Gemeinderath von einer Erneuerung dieses Rechts gesprochen werden. J. H. ist nun aber der Großvater des Klägers und muß folgerichtig, auch sein, des Klägers, Vater, sowie er selbst als Bürger von Niederwil anerkannt werden.

Mit Recht beruft sich der Kläger zur Begründung seines Begehrens, dann auch noch darauf, daß der Gemeinderath von Niederwil seinem Vater im Jahr 1834, als er sich verehelichte, die Aufforderung zugehen ließ, das Weibereinkaufsgeld zu bezahlen. Offenbar liegt in dieser Aufforderung die Anerkennung, daß derjenige, an den sie gerichtet worden, nämlich der Vater des Klägers, Bürger der Ortsgemeinde Niederwil sei. Der Einwendung der beklagten Gemeinde, der Kläger sei nicht in das Ortsbürgerregister derselben eingetragen und werde, sowie dies auch bezüglich seiner Vorfahren und Geschwister der Fall sei, in den Ehe- und Taufregistern der Pfarrei Niederwil nur mit der Heimathbezeichnung „von Nesselnbach" aufgeführt, kommt kein entscheidendes Gewicht zu; denn nach §. 40 des a. b. G. kann der Beweis des Bürgerrechtsbesitzes nicht allein durch die von den Pfarrern und Gemeinderäthen geführten Register, sondern auch durch jedes andere gesetzliche Beweismittel geführt werden. U. v. 19. August 1870.

25. Ein von einer Angehörigen der Gemeinde G. unehelich geborner Knabe wurde als in dieser Gemeinde heimathberechtigt anerkannt und zugleich in deren Bürgerregister eingetragen.

Einige Zeit später ergab es sich aber, daß der fragliche Knabe im Jahr 1836 vom Bezirksgericht Namens- und Bürgerrechtshalber einem Bürger der Gemeinde W. zugesprochen worden. Trotzdem verlangte derselbe von dem Administrativrichter, daß er als Bürger der Gemeinde G. erklärt werde, indem er zur Unterstützung seines Gesuches deren Bürgerregister anrief.

Auf Grundlage des erwähnten bezirksgerichtlichen Kindeszuspruchs wurde jedoch entschieden, daß der in §. 41 des a. b. G. gegen das Bürgerregister als zuläßig erklärte Gegenbeweis geleistet sei und deßhalb der von der Angehörigen der Gemeinde G. geborne Kläger als Bürger der Gemeinde W. betrachtet werden müsse.

U. v. 4. April 1866.

Zweites Hauptstück.

Von der Ehe.

Erster Abschnitt.

Von dem Eheverlöbnisse, der Ehe und deren Wirkungen.

§§. 45–50.

26. Auf Grund eines schriftlichen Eheverlöbnisses belangte der Bräutigam die Braut mit einer Klage, welche sich in die Schlüsse auflöste, daß entweder die Ehe vollzogen oder dem Kläger eine bestimmte Entschädigungssumme zugesprochen werde.

Der schriftliche Vertrag, auf den sich der Kläger stützt, enthielt nun allerdings ein Eheversprechen zwischen ihm, dem Kläger und der Beklagten, sowie die Bezeichnung der Mitgift oder Aussteuer, zu deren Leistung der Vater der Braut sich verbindlich gemacht hatte. Er war von Letzterm und den Brautleuten unterzeichnet und schloß zwar mit der Aufschrift „die Zeugen:", ohne daß jedoch die Namen derselben beigefügt oder auch nur im Context des Vertrages angeführt waren. Mit Berufung auf §. 46 des a. b. G. hielt die Beklagte diesen Vertrag für unverbindlich und bestritt auch die Zulässigkeit des vom Kläger verlangten Beweises dafür, daß Vertragszeugen wirklich dem Vertragsabschluß beigewohnt hätten. Das diesfällige Streitverhältniß wird folgendermaßen aufgefaßt:

Der §. 46 setze abweichend von der Regel, daß Verträge mündlich wie schriftlich eingegangen werden können, eine ganz besondere Ausnahme fest bei Eheverlöbnissen; er verlange in Beziehung auf die Form vor allem die Gegenwart von zwei Zeugen, aber sodann auch die Verfassung in Schrift. Allerdings sei der erwähnte Vertrag wirklich in Schrift verfaßt worden, aber es fehle das andere Requisit, die Unterschrift der Zeugen. Eine singuläre Vorschrift, wie die vorliegende, lasse wegen ihres legislatorischen Zweckes und der Absicht des Gesetzgebers, das Eheverlöbniß nur unter der von ihm beschriebenen Form anzuerkennen, keine ausdehnende, sondern nur die strikteste Auslegung zu.

Wenn nun auch außer den Paciscenten noch andere Personen zugegen gewesen wären, was die Beklagte nicht in Abrede stelle, so könnte denselben der Charakter von Zeugen nicht beigemessen werden, so lange sie sich nicht im Vertrage auch als solche unterzeichnet befänden.

Schreibe das Gesetz die Schriftlichkeit des Eheversprechens vor, erheische es aber überdies die Gegenwart zweier Zeugen, so verstehe es sich wohl von selbst, daß neben den Vertragsparteien auch die Zeugen den schriftlichen Vertrag zu unterzeichnen haben. Die entgegengesetzte Ansicht, die nämlich, daß es blos der Gegenwart von Zeugen bedürfe, würde im Falle der Verneinung der letzteren Thatsache zu der Anomalie führen, daß, während das Gesetz nur die Form des schriftlichen Vertrages als Beweis der rechtlichen Existenz desselben zulasse, der Richter noch auf den Beweis dieser Gegenwart erkennen müßte, weil alsdann dieser Thatnmstand nicht mehr als unter der Vorschrift des §. 46 stehend gedacht würde, folglich der gewöhnliche Beweis durch Zeugen im Prozesse zur Anwendung käme. Damit wäre aber ein doppelter Beweis, erst der urkundliche über die Einwilligung der Brautleute und dann der Zeugenbeweis über die Gegenwart der Zeugen zugelassen, ein Verfahren, das mit der angeführten Vorschrift nicht zu vereinbaren sei.

Ganz gewiß habe der Gesetzgeber den Beweis der Anwesenheit von Zeugen nicht dem gewöhnlichen Beweisverfahren anheimstellen wollen und nur für den Willen der Verlobten die schriftliche Urkunde im Auge gehabt; Zweifelsohne habe er sich den Vertrag als ein Ganzes vorgestellt, über welches nur die Schrift selbst entscheide.

Fehle sonach im vorliegenden Falle das schriftliche Zeugniß von zwei zu diesem Zwecke eigens herbeigerufenen Zeugen, so gehe dem Vertrage auch eines der wesentlichen gesetzlichen Erfordernisse zu seiner Gültigkeit ab und sei sonach das Klagbegehren von vornherein unbegründet.

U. v. 7. August 1866.

27. Mit Bezugnahme auf ein in Schrift verfaßtes Eheversprechen forderte die Braut vom Bräutigam, welchem infolge erhobenen Einspruchs die Verehelichung gerichtlich untersagt und eine Wartzeit von 2 Jahren bestimmt worden, eine Entschädigung von Fr. 1500, welches Begehren als rechtlich begründet erfunden wurde.

Ohne Erfolg berief sich der Beklagte darauf, daß das Nichtzustandekommen der Ehe nicht in einem freiwilligen Rücktritt, sondern in dem gerichtlich beschlossenen Verbot der Verehelichung seinen Grund habe; denn in dem Akt über das Eheverlöbniß hatte er sich ausdrücklich verpflichtet, die Entschädigung zu bezahlen, falls er die Klägerin nicht heurathen würde oder nicht heurathen könnte.

Ebenso nutzlos erschien der Einwand, daß, da ihm die Abschließung der Ehe nur für die Dauer von zwei Jahren untersagt sei, das Klagrecht auch erst nach Verfluß dieser Zeit aufleben könne. Die Klägerin hatte das Recht, sofort entweder die Vollziehung des Eheversprechens

oder aber die versprochene Entschädigung zu verlangen, letzteres sobald die Bedingung, von der das Versprechen abhängig gemacht wurde, eingetreten war. Diese Bedingung trat aber in dem Augenblicke ein, da dem Beklagten die Eingehung der Ehe untersagt wurde.

Die Ansicht des Beklagten brächte es mit sich, daß die Klägerin, wenn jener nach Ablauf der zwei Jahre die Verehelichung auf eine weitere Zeitdauer verboten würde, auch den Ablauf dieser Zeitdauer abwarten müßte, was offenbar weder im Sinne des Vertrages, noch im Willen des Gesetzes liegt. U. v. 25. Juni 1866.

28. Bei Eingehung eines Eheverlöbnisses machte sich der Bräutigam verbindlich, der Braut für den Fall des Rücktritts eine Schadensersatzsumme von Fr. 1000 zu bezahlen.

Als dann der Bräutigam vom Verlöbniß wirklich zurückgetreten, hob die Braut gegen denselben eine Klage an mit dem Schlusse: Der Beklagte sei zu verurtheilen, entweder die Ehe mit ihr zu vollziehen, oder aber derselben die ihr für den Fall des Rücktritts versprochene Entschädigung von Fr. 1000 zu leisten.

Der Beklagte drang darauf, daß die Klage — da sie wesentlich als eine Entschädigungsklage zu betrachten sei — zur friedensrichterlichen Verhandlung zurückgewiesen werde.

Dem Verlangen des Beklagten wurde jedoch nicht Folge gegeben.

Die Erörterung des Obergerichts über diese Materie lautet wesentlich dahin:

Da nach §. 71 der P.-O. die streitigen Ehesachen — in Ausnahme von §. 6, wornach die Klagen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor Allem dem friedensrichterlichen Vermittlungsversuche unterstellt werden müssen — unmittelbar beim Bezirksgericht anhängig zu machen sind, so frägt es sich, ob der vorliegende Streitgegenstand den Charakter einer Ehesache an sich trage.

§. 47 des a. b. G. enthält nun die Vorschrift, daß aus der rechtlichen Verbindlichkeit eines Eheverlöbnisses das Recht zum Klagbegehren hervorgehe, entweder die Ehe zu vollziehen, oder dasjenige zu leisten, was für den Fall des Rücktritts bedungen worden, oder volle Genugthuung zu geben. Ganz nach Maßgabe dieser Gesetzesvorschrift gab der alternativ gestellte Klagschluß dem Beklagten anheim, mit der Klägerin die Ehe einzugehen, oder aber die versprochene Entschädigungssumme zu bezahlen. Gerade deßhalb nun, weil der erste Klagschluß auf Vollziehung der Ehe gerichtet ist, muß diese Materie als Ehesache im Sinne des §. 7, b der P.-O. betrachtet werden.

Der Umstand, daß der Klagschluß alternativ auch auf Entschädigung geht, vermag der Streitsache ihren rechtlichen Charakter als Ehesache nicht zu benehmen und giebt der Klage noch keineswegs die Eigenschaft einer bloßen Entschädigungsklage, eben weil das Eheverlöbniß der Klägerin das Recht gewährt, entweder auf Vollziehung der Ehe zu dringen, oder aber zu verlangen, daß ihr Entschädigung geleistet werde.

U. v. 27. Juni 1854.

§§. 51 u. 52.

29. Für ein empfangenes Darlehen stellten der Ehemann F. V. und dessen Frau einen Schuldschein aus, dem beide Ehegatten die Unterschrift beisetzten.

Wie der Ehemann in den Concurs gerathen und der daselbst angemeldete Kapitalbetrag zu Verlurst gewiesen worden, wurde die Ehefrau um dessen Bezahlung eingeklagt und zwar unter Hinweisung auf die Thatsache, daß dieselbe den fraglichen Schuldtitel mitunterzeichnet habe.

Durch eine solche Mitunterzeichnung Seitens der Ehefrau wurde aber eine Verbindlichkeit der letztern nicht begründet. In §. 51 des a. b. G. ist nämlich vorgeschrieben, daß der Ehemann das Haupt der Familie sei und ihm in dieser Eigenschaft vorzüglich das Recht zustehe, das Hauswesen zu leiten, daß er verpflichtet sei, ihr Schutz und einen seinem Stande und Vermögen entsprechenden Unterhalt zu gewähren und sie in rechtlichen Angelegenheiten zu vertreten und in §. 53, daß das Vermögen, welches die Frau bei ihrer Verehelichung dem Manne zubringt und welches ihr während der Ehe anfällt, Eigenthum des Mannes werde.

Aus der Vergleichung dieser beiden Vorschriften, sowie der §§. 52 und 192 des a. b. G., welche alle in engem Zusammenhang mit einander stehen, folgt von selbst, daß während der Dauer der Ehe, so lange nicht besondere im Gesetze benannte Ausnahmsfälle (§§. 61 und 62) eintreten, der Ehemann die eheliche Gemeinschaft, soweit sie als Vermögenssubjekt angesehen werden kann, einzig und allein repräsentirt und die Ehefrau auch mit ihrem Eigenthum zugleich die Dispositionsbefugniß über ihr Vermögen verliert, ausgenommen in Bezug auf diejenigen Vermögensstücke, welche der Verfügungsgewalt des Mannes speziell entzogen sind. Wenn nach §. 53 die Ehefrau während der Dauer der Ehe nicht für sich selbst erwirbt, sondern alle durch sie ermittelten Vermögenserwerbungen dem Manne zufallen, so ist die nothwendige Folge hievon, daß durch die von ihr eingegangenen Verpflichtungen nicht sie selbst persönlich verbindlich gemacht wird, sondern — freilich auch nur

unter gewißen Umständen — ihr Ehemann, wenn jene nämlich für Haushaltungsbedürfnisse Schulden contrahirt, die zu bestreiten dem letztern vermöge der §§. 51 und 192 des a. b. G. obliegt; — denn es widerstreitet aller juristischen Consequenz, anzunehmen, daß eine Ehefrau für sich nichts erwerben, wohl aber sich verpflichten kann, zumal eine solche Verpflichtung sich immer erst realisiren könnte, wenn der Mann entweder in Concurs gefallen oder zur Herausgabe der Hälfte des Frauenguts verhalten werden müßte. Es widerstreitet obige Annahme auch überhaupt dem ganzen Sinn und Geiste unseres ehelichen Güterrechts, welches seiner ganzen Anlage nach sich die Aufgabe gestellt hat, dafür zu sorgen, daß das Frauengut unter allen Umständen wenigstens zur Hälfte erhalten und gesichert bleibt, welcher Zweck von vornenherein aufgegeben würde, wenn man der Ehefrau gestatten wollte, eine Verpflichtung, wie die in Rede stehende, zu übernehmen.

Einer solchen Verpflichtung sind um so weniger rechtliche Folgen beizumessen, als bei Aufnahme eines gemeinschaftlichen Darlehens vermöge der vorgeführten güterrechtlichen Bestimmungen der mitcontrahirenden Frau keine Gegenleistung gemacht wird, sondern die ganze Darlehenssumme dem Manne zukommt und daher die Schuldverpflichtung ihrem Wesen und ihrer Tendenz nach betrachtet, nichts anderes als die Eingehung einer Bürgschaft ist, welche das Gesetz den Weibspersonen ohne Unterschied untersagt. U. v. 3. Juli 1862.

30. Eine Ehefrau, welche vom Manne faktisch geschieden lebte, (eine gesönderte Wohnung hatte, ohne daß die Ehe gerichtlich getrennt worden) kam beim Bezirksgericht mit dem Begehren ein, der Ehemann sei zu verhalten, ihr von ihrem zugebrachten Vermögen einen angemessenen Betrag zur Bestreitung ihrer Aufenthalts- und Verpflegungskosten herauszugeben, welches Begehren damit begründet wurde, daß der Ehemann seine alte, arbeitsunfähige Frau nicht unterstütze, ihr nicht wie §. 51 des a. b. G. vorschreibe, einen seinem Stande und Vermögen entsprechenden Unterhalt gewähre, daß sie daher gezwungen sei, einen Theil des in die Ehe gebrachten Vermögens herauszuverlangen.

Es ist in die Augen springend, daß ein solches Begehren in den Bestimmungen des a. b. G. über das Güterrecht der Ehegatten keine Begründung findet.

Nach §. 53 wird das Vermögen, welches die Ehefrau bei ihrer Verehelichung dem Manne zubringt, Eigenthum des letztern und hat derselbe, wenn er die verlangte Sicherheit nicht zu leisten vermag, die Hälfte dieses Vermögens herauszugeben. Aber selbst in diesem Falle ist der Ertrag des Gutes dem Manne zu verabfolgen. Hieraus ergibt

sich, daß eine Ehefrau während der Dauer der Ehe den Ehemann nicht verhalten kann, ihr von ihrem eingekehrten Vermögen einen Theil zu ihrem Unterhalt einzuhändigen.

Auch das Bezirksgericht, welches der Ehefrau Fr. 200 zuerkannte, fühlte dies, indem es ihrem Begehren nicht in dem Sinne entsprach, wie es gestellt worden, sondern einfach verfügte, daß der Ehemann ihr zur Bestreitung ihres Unterhaltes einen Betrag von Fr. 200 zu verabfolgen habe, was offenbar in dem Sinne zu verstehen ist, daß diese Summe nicht von dem eingekehrten Frauengut genommen werden sollte. Allein die Verfügung des Gerichts, auch in dieser Form erlassen, kann nicht aufrecht erhalten werden. Die Ehefrau weigerte sich, dem Ehemann in seinen Wohnsitz zu folgen; es ist nun aber selbstverständlich, daß das in §. 51 der Ehefrau eingeräumte Recht, vom Manne den nöthigen Unterhalt zu verlangen, von der Erfüllung der ihr gemäß §. 52 obliegenden Pflichten bedingt sei. Es erscheint aber überhaupt als eine Anomalie, daß Mann und Frau getrennten Haushalt führen und sind auch durch bestimmte Gesetzesvorschriften solche Verhältnisse geradezu verboten. (§. 119 des a. b. G.)

Aber abgesehen hievon und die grundsätzliche Zuläßigkeit eines diesfälligen Begehrens von Seite einer vom Ehemanne getrennt lebenden Ehefrau auch vorausgesetzt, müßte doch immerhin nachgewiesen sein, daß die Ehefrau mit Grund sich weigere, dem Ehemann in seinen Wohnsitz zu folgen, bevor letzterer verhalten werden könnte, ihr außerhalb diesem Unterhalt zu gewähren, was im Falle nicht dargethan worden.

U. v. 17. Novbr. 1863.

31. Im Hinblick auf unzweifelhaft lautende Gesetzesvorschriften (§§. 51, 52 und 119 des a. b. G.) hat der Ehemann das Recht, zu verlangen, daß seine Ehefrau, die sich von demselben eigenmächtig getrennt, zu ihm in seinen Wohnsitz zurückkehre.

Einem Ehemann, welcher von diesem Rechte auf prozeßualischem Wege Gebrauch machte, hielt die Ehefrau unter anderm die Bestimmung des §. 126 des a. b. G. entgegen, demgemäß die bösliche Verlassung ein Grund zur Klage auf Ehescheidung sei, der verlassene Theil aber vor allem aus nach einem Jahr seit der Trennung eine gerichtliche Aufforderung zur Rückkehr innert Jahresfrist zu erlassen habe.

Allein der §. 126 steht im dritten Abschnitt in dem Hauptstück des Personenrechtes über die Ehe, welcher von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft handelt, die gesetzlichen Grundsätze darüber aufstellt und den Weg bezeichnet, auf welchem man zu dieser Aufhebung gelangen kann. Der Kläger war nun, wie er sich in seiner Klage aussprach,

weit entfernt, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft anzustreben; im Gegentheil verlangte er deren Fortsetzung und die Wiederkehr seiner Frau.

Dieses Begehren ist von §. 126 ganz unabhängig, im Gesetz und in der Natur der Sache schlechthin begründet und so wenig von einer bestimmten Dauer der Abwesenheit der Ehefrau bedingt, als an richterliche Vorladungen und Ediktalfristen gebunden, die nur für den Fall einer wegen böslicher Verlassung beabsichtigten Ehescheidung Anwendung haben. U. v. 21. April 1865.

32. Die Ehefrau N. N., welche von ihrem Manne sich entfernt, veranlaßte diesen zum rechtlichen Begehren, daß sie zu ihm zurückzukehren verfällt werde und zwar verwies er auf §. 52 des a. b. G., welcher vorschreibt, daß die Ehefrau verbunden sei, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, ihm in seinem Hauswesen und Erwerb nach Kräften beizustehen und seine häuslichen Anordnungen zu befolgen und befolgen zu machen.

Der Ehemann hat nun ohne Zweifel die Befugniß, von der Frau die Erfüllung dieser ihr gesetzlich obliegenden Pflicht anzubegehren. Allein dem Rechte entspricht auch wieder eine Pflicht des Ehemannes und zwar besteht diese nach §. 51 des a. b. G. darin, daß er gehalten ist, der Ehefrau einen Wohnsitz zu bieten und ihr Schutz und Unterhalt zu gewähren. Nur wenn der Ehemann seinerseits die ihm laut angeführter Gesetzesstelle auferlegte Verpflichtung erfüllt, kann er von Seite der Frau verlangen, daß sie ihm in seinen Wohnsitz folge und ihn in seinem Hauswesen unterstütze. U. v. 6. August 1867.

§. 53.

33. Unterm 25. Jenner 1869 wurde gegen die Ehefrau F. die Betreibung bewilligt und bis und mit der Pfändung, welche am 30. März gleichen Jahres stattgefunden, vollzogen. Als die Pfändung für den Gläubiger keinen Erfolg gehabt, wurde von letzterm gegen die Betriebene der Geldstag nachgesucht, den das Bezirksgericht auch erkannte.

Die fragliche Ehefrau beschwerte sich aber gegen das Geldstagserkenntniß, indem sie die nicht widersprochene Behauptung aufstellte, daß zur Zeit der Anhebung der Betreibung und bis zum 22. April 1869 ihr Ehemann, über welchen erst unter letzterem Datum der Geldstag erkannt worden, noch solvent gewesen oder wenigstens noch aufrecht gestanden und sie an diese Behauptung die Betrachtung anknüpfte, daß gemäß den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes nicht sie, sondern ihr Ehemann hätte betrieben werden sollen.

Diese Berufung auf das bürgerliche Gesetz ist nun allerdings berechtigt; denn jede selbstständige Betreibung einer Ehefrau, deren Ehemann noch aufrecht steht, stellt sich von Anfang an als ungesetzlich und ungültig dar und ist somit auch das auf Grund dieser ungesetzlichen Betreibung eingereichte Konkursbegehren ein unberechtigtes und der Beschwerde der Rekurrentin Folge zu geben.

Das Bezirksgericht hält der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes die Betrachtung entgegen, daß, nachdem weder ein Rechtsvorschlag gegen die Betreibung erfolgt, noch eine Beschwerde gegen dieselbe bei zuständiger Behörde geführt worden, es sich lediglich noch um die formelle Frage handeln könne, ob die Forderung wegen Unterlassung des Rechtsdarschlags als zu Recht bestehend angesehen werden müsse und ob die Betreibung die gesetzlichen Stadien bis zum Konkurse durchlaufen, worauf unbedingt mit „ja" zu antworten sei.

Diese Betrachtung ist nun aber nicht maßgebend, da §. 5 der G.-O. den Gerichtspräsidenten anweist, von Amtswegen zu untersuchen, ob der Gläubiger nach dem Gesetz zum Geldstagsbegehren berechtigt sei und daher jedes Konkursbegehren, das von Anfang an auf ungesetzlicher Basis beruht, zurückgewiesen werden muß. U. v. 18. Jenner 1870.

34. Gegen Frau N. N. wurde zur Zeit, als ihr ökonomisch noch aufrecht stehender Ehemann in der Strafanstalt Lenzburg sich befunden, Betreibung angehoben, und (das frühere Gesetz hatte noch Geltung) die Pfändung einer Nähmaschine und eines Bettes bewirkt. Nachdem bei der angeordneten Pfandsteigerung Niemand erschienen und in der Folge über die Ehefrau der Geldstag ausgebrochen, wurde die angeführte Fahrhabe in das geldstagliche Vermögensverzeichniß aufgenommen und die betriebene Forderung darauf angewiesen.

Gegen diese geldstagsrichterliche Verfügung erhob sich der Pfleger des in der Gefangenschaft befindlichen Ehemannes und verlangte, daß die Pfändung als ungültig erklärt und die gepfändete Fahrhabe aus der Konkursmasse ausgeschieden werde und zwar unter Berufung darauf, daß die gegen die Ehefrau ohne sein, des Ehemannes, Wissen und Willen durchgeführte Betreibung und Pfändung ungültig sei und die ihm eigenthümlich angehörenden Pfänder ungesetzlicher Weise auf das Vermögensverzeichniß der Ehefrau gebracht worden.

Aus den Bestimmungen der §§. 51 und 52 des a. b. G. in Verbindung mit den Vorschriften über das Güterrecht der Ehegatten folgt mit logischer Nothwendigkeit, daß eine Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemannes keine rechtsgültigen Verbindlichkeiten eingehen kann,

sondern daß sie in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt ist, mit einem Wort, unter ehelicher Vormundschaft des Mannes steht.

Diese rechtliche Stellung des Ehemannes bringt es mit sich, daß sie bei jedem gerichtlichen Akt, der in Bezug auf sie gültig und wirksam sein soll, durch ihren Ehemann vertreten sein muß, außer wenn sie mit Letzterem selbst ein Rechtsgeschäft eingeht, in welchem Falle bisher die Bestellung eines Beistandes ad hoc nothwendig gewesen und nunmehr nach Aufhebung der Beistandschaften noch die Genehmigung der Vormundschafsbehörde erforderlich ist.

Was namentlich Betreibungen anbelangt, so erhellt aus dem bisher Gesagten, daß gegen eine Ehefrau eine solche gültig nicht angehoben werden kann und wenn dieselbe in Ausnahme von der Regel eine gültige Verpflichtung eingegangen und dafür betrieben werden soll, so darf die Betreibung nicht ihr selbst, sondern sie muß ihrem gesetzlichen Vertreter, dem ehelichen Vormunde, dem Ehemann eröffnet werden. Die gegen die Ehefrau in Abwesenheit des Mannes eingeleitete und fortgesetzte Betreibung ist daher als unförmlich und ungesetzlich aufzuheben und zugleich dem Vindicationsbegehren des Ehemannes, der die gepfändete Fahrhabe als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, zu entsprechen.

Daß der Ehemann Eigenthümer dieser Objekte ist, ergibt sich aus §. 53 des a. b. G., sowie aus §. 904, wonach der Ehemann das Eigenthum nicht nur an dem von der Frau ihm zugebrachten, sondern auch an dem während der Dauer der Ehe errungenen Vermögen erwirbt.

U. v. 6. August 1868.

35. Jakob Fehlmann von Wittwil veräußerte im Jahr 1840 an Joh. Rudolf Plüß von Vordemwald Realitäten, in der Gemeinde Gontenschwil gelegen, um Fr. 5828. 42, wofür sich neben andern Jakob Fäß von Oberkulm als Bürge verpflichtete. Käufer und Bürgen, mit Ausnahme des Jakob Fäß, geriethen in den Geldstag und für den Käufer ging ein nicht unbeträchtlicher Theil der Kaufsumme verloren, mit dem er auf den Bürgen Fäß resp. dessen Erben verwiesen wurde.

Der Gläubiger Fehlmann forderte nun die Deckung dieses Verlurstes von der Tochter und Erbin des Jakob Fäß, Namens Verena, Ehefrau des Rud. Spirgi v. Unterkulm. Der letztere fiel nämlich schon früher iu den Geldstag, in welchem dessen Frau einen Theil ihres in die Ehe gebrachten Vermögens gerettet hatte.

Die Ehefrau Spirgi, geb. Fäß, — die Beklagte — verneinte, persönlich dem Kläger für seine Forderung haften zu müssen, indem sie entgegnete, daß sie alle Rechte und Verbindlichkeiten, die von ihrem

Vater auf sie übergegangen, auf ihren Ehemann Rud. Spirgi übertragen habe und deßhalb dieser letztere Schuldner des zu Verlurst gewiesenen Betrages geworden sei.

Hinsichtlich der Frage, ob die Beklagte schuldig sei, den vom Kläger in den erwähnten Konkursen erlittenen Verlurst zu decken, wurde Folgendes befunden:

Ueber die Thatsachen, daß Jakob Fäß, Vater der Beklagten, für die klägerische Kaufschillingsforderung sich als Bürgen verpflichtet, daß sich in den Geldstagen des Haupt= und der Nebenverpflichteten der eingeklagte Verlurst ergeben, daß die Beklagte für ihren Antheil ihre Eltern beerbt, daß die Beklagte an Rud. Spirgi verehelicht sei, daß sie diesem ihr elterliches Erbe eingekehrt habe und daß derselbe seither vergeldstagt worden, walte unter den Parteien kein Widerspruch.

Der Entscheid des Streites hange also lediglich von Beantwortung der rechtlichen Frage ab: Ob die Beklagte mit ihrem vererbten Vermögen auch ihre vererbten Verbindlichkeiten auf ihren Ehemann übertragen habe.

Die Antwort hierauf sei in §. 53 des a. b. G. zu finden, wornach alles Vermögen, welches eine Frau dem Ehemann zubringe, Eigenthum desselben werde. Mit der Uebertragung aller Vermögensrechte sei aber nothwendig auch die Uebertragung der Verbindlichkeiten verknüpft.. Die Annahme des Gegentheils enthielte eine dem Gesetzgeber nicht zuzumuthende Ungerechtigkeit sowohl gegen die Ehefrau als gegen die Gläubiger derselben, indem jener das Vermögen entzogen, die Schulden überlassen und durch den Vermögensentzug die Zahlungsmittel genommen und die Gläubiger durch die Vermögensübertragung an den Ehemann um die wirksame Geltendmachung ihrer Rechte gegen die Ehefrau, sofern diese Schuldnerin bliebe, betrogen würden.

Die Beklagte habe also nach vernünftiger Auslegung des §. 53 des a. b. G. ihren väterlichen Erbantheil in Soll und Haben, in Rechten und Verbindlichkeiten, also auch mit den väterlichen Bürgschaften auf den Ehemann übertragen, sie sei folglich, wie der Rechte entäußert, so auch der Verbindlichkeiten enthoben, demnach die unrechte Beklagte, da sie dem Kläger gegenüber nicht mehr verpflichtet erscheine. Dieser hätte seine allfälligen Rechte gegen den Ehemann geltend machen sollen. Wenn auch Frau Spirgi für einen Theil ihrer Weibergutsansprache im Geldstag ihres Ehemannes befriedigt worden, so sei das aus dem Geldstag Empfangene der Form und dem Wesen nach nicht mehr väterliches Erbgut, sondern freies Vermögen, welches ihr als Geldstagsgläubigerin vom Richter nach dem Gesetze angewiesen worden.

Die entgegengesetzte Ansicht würde zu der Ungerechtigkeit führen,

daß die Ehefrau für ihre Erbschulden auch dann verhaftet bliebe, wenn sie aus dem Geldstage ihres Mannes nichts erhielte, daß ihr also die Lasten ohne das dazugehörige Erbvermögen, die Verbindlichkeit ohne die entsprechenden Rechte blieben, welches Unrecht eben nur durch die richtige Auslegung des §. 53 des a. b. G. in dem Sinne verhütet werde, daß die Ehefrau mit ihrem Vermögen auch ihre Verbindlichkeiten auf den Ehemann übertrage, daß also derselbe für ihre Verpflichtungen einzustehen habe, daß diese im Geldstag des Ehemannes geltend zu machen seien und als mit der Einkehr gegen sie erloschen, auch nach dem Geldstag des Mannes gegen sie nicht mehr bestehen oder aufleben.

Das Obergericht verwarf deßhalb — im Widerspruch mit der Auffassung des Bezirksgerichts — die gegen Frau Spirgi eingeklagte Bürgschaftsforderung. U. v. 20. November 1855.

36. Gegen den Ehemann, der seine sämmtlichen Liegenschaften veräußert und deren Wegfertigung nachgesucht, trat die Ehefrau, die eine Ehescheidungsklage angehoben, mit dem Begehren vor den Richter, daß ihr das in die Ehe gebrachte Vermögen im Betrage von Fr. 8000 herausbezahlt oder aber auf die verkauften Grundstücke überbunden werde. Gegen dieses Verlangen erhob sich der Ehemann vermittelst einer Beschwerde an das Bezirksgericht, indem er erklärte, daß er gegen die Bestellung eines Ueberbundes für die Hälfte, also für Fr. 4000, nichts einwende, dagegen aber die Ueberbindung der zweiten Hälfte als unzuläßig bestreite.

Die Ehefrau suchte ihr Begehren um Ueberbindung des ganzen Betrages ihres zugebrachten Gutes vorerst durch §. 519 des a. b. G. zu rechtfertigen. Die erste und wesentliche Voraussetzung der Anwendung dieser Gesetzesbestimmung besteht nun aber darin, daß eine Schuldforderung vorhanden und sodann daß sie betrieben oder rechtlich eingeklagt sei. Allein in diese Kategorie von Forderungen läßt sich, vermöge der gesetzlichen Bestimmungen über die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, das Frauengut nicht stellen. Durch §. 53 des a. b. G., wonach das Vermögen der Ehefrau Eigenthum des Mannes wird, für dessen Stammbetrag er ihr zu haften hat, wird das Vorhandensein eines Forderungsrechtes der Ehefrau im Sinne des §. 519 ausgeschlossen. Wohl kommt nach den §§. 57 und 61 einer Frau das Recht zu, unter gewissen dort angeführten Voraussetzungen von ihrem Manne Sicherstellung der Hälfte ihres eingekehrten Gutes oder Falls diese nicht geleistet werden kann, die Herausgabe der Hälfte ihres Vermögens zu verlangen; allein eine weitere Berechtigung steht ihr nicht zu.

Die Ehefrau glaubte zwar für ihr Begehren in der Thatsache eine

Begründung zu finden, daß sie gegen ihren Ehemann einen Scheidungsprozeß angehoben und in ihrem Klagschlusse die Herausgabe ihres Vermögens anbegehrt habe. Abgesehen jedoch davon, daß es noch im Ungewissen liegt, ob diesem letztern Begehren je entsprochen werde, vermag das Anhängigmachen eines Scheidungsprozesses die für die Dauer der Ehe bestehenden güterrechtlichen Verhältnisse nicht zu ändern, welche erst dann eine andere Normirung erleiden, wenn die Ehe durch richterlichen Spruch wirklich gelöst wird. Wenn, wie dies der Ehemann zugesteht, für die Hälfte ihres Vermögens ein Ueberbund ausgefertigt wird, so erhält sie alsdann diejenige Sicherheit, welche ihr von Gesetzeswegen gebührt. Die Wegfertigung der Liegenschaften des Ehemannes kann ihr daher keine andere Gefahr bringen, als diejenige, welcher überhaupt nach unserer Gesetzgebung das Frauengut ausgesetzt ist.

U. v. 18. Mai 1869.

37. Das dem Manne eingekehrte Vermögen einer Ehefrau wurde behufs Sicherstellung desselben vom Gemeinderath im Jahr 1868 in dem Betrag von Fr. 7080 ausgemittelt, während das im Juli 1868 erlassene Urtheil, wodurch die Trennung der Ehe ausgesprochen wurde, das Frauenvermögen zu Fr. 7552 festsetzt.

Es handelte sich nun, nachdem der Ehemann in den Konkurs gerathen, um die Frage, welcher Akt für den Betrag des in den Konkurs aufzunehmenden Frauenvermögens maßgebend sei. Hierüber konnte der Richter wohl nicht lange im Zweifel sein. Die im Jahr 1868 erfolgte gemeinderäthliche Ermittlung des Weiberguts geschah lediglich zu dem Zwecke, damit für die vom Manne verlangte Sicherheitsleistung eine Basis gewonnen werde. Daß aber diese Ermittlung bezüglich der Größe des Weiberguts für alle Fälle zur bindenden Norm werde, darf aus der Thatsache der Ermittlung selbst nicht geschlossen werden. Der Ehefrau kann nicht benommen sein, den Beweis zu führen, daß das ihrem Manne eingekehrte Vermögen wirklich mehr betrage als die Summe, welche vom Gemeinderath als ihr Vermögen bezeichnet worden. Der Nachweis, daß ihr Vermögen in der That einen höhern Betrag ausmache, liegt in dem bereits erwähnten Ehetrennungserkenntniß. Dieses Erkenntniß legitimirt die Ehefrau hinsichtlich ihrer Anmeldung im Konkurse des Mannes in quali & quanto vollkommen und es muß jene Summe in dem Konkurse Berücksichtigung finden, welche durch das richterliche Erkenntniß als Frauenvermögen festgesetzt wird. U. v. 18. Jenner 1870.

38. Der Vormund eines minderjährigen Mädchens, deren Mutter mit Tod abgegangen, hatte vom Vater die Sicherstellung des Muttergutes anbegehrt.

Die Parteien wollten nun bei Festsetzung dieses Gutes, das dem Ehemann bei der im Jahr 1855 stattgefundenen Verehelichung eingekehrt wurde und in Liegenschaften bestand, einen ganz verschiedenen Maßstab zur Anwendung gebracht wissen. Der Vormund, resp. Gemeinderath hielt nämlich dafür, es sei auf den Erlös einer am 16. September 1861 geschehenen Versteigerung eines Theils der Liegenschaften abzustellen, wonach sich der Werth des von der Ehefrau zugebrachten Vermögens auf Fr. 8091. 40 belaufen würde, während der Ehemann geltend zu machen suchte, daß die nach dem Tode des Vaters seiner Ehefrau über dessen Verlassenschaft gepflogene Theilungsverhandlung vom 1. Februar 1851, wornach ihr, der Ehefrau, Erbtheil mehr nicht als Fr. 3638. 98 betragen haben soll, für die Ermittlung des vorhandenen Muttergutes allein maßgebend sein müsse.

Allein weder die eine noch die andere dieser Grundlagen kann als die richtige betrachtet werden. Im Falle ist allein entscheidend, welchen Werth die fraglichen Liegenschaften zur Zeit der Einkehr, also bei der im Jahr 1855 erfolgten Verehelichung gehabt haben. Erst mit diesem Momente ist der Ehemann vermöge bestehender Gesetze Eigenthümer dieser Liegenschaften geworden und ist somit auch der aus dem Eigenthum sich ergebende Nutzen oder Schaden auf ihn übergegangen. Haben die Liegenschaften, sei es infolge sorgfältiger Kultur oder einer Steigerung der Güterpreise, an Werth gewonnen, so kommt der Vortheil allein dem Ehemann in Rechnung. Ein Erlös, welcher sich erst im Jahr 1861, also sechs Jahre nach eingegangener Ehe herausstellt, kann daher bei Feststellung des zugebrachten Frauengutes nicht in Betracht kommen. Aus ähnlichen Gründen ist aber auch eine Werthung der Liegenschaften, die sich auf das Jahr 1851 zurückdatirt, also volle vier Jahre hinter den Zeitpunkt der Verehelichung zurückgeht, nicht als eine zuläßige Grundlage zur Ausmittlung des Mutterguts anzusehen. U. v. 1. Oktober 1862.

39. Wie es sich in einem ferneren Falle behufs Festsetzung des von der Ehefrau dem Ehemanne eingekehrten Vermögens um die Schatzung von Liegenschaften handelte, welche die erstere bei ihrer Verehelichung besessen hatte, ging das Bezirksgericht von der Annahme aus, daß der Preis des kurze Zeit vor Eingehung der Ehe stattgefundenen Ankaufs als Grundlage der Werthung zu dienen habe, während die Ehefrau verlangte, daß der Werth, welchen der Ehemann bei der lange nach erfolgter Verehelichung vorgenommenen Veräußerung der Liegenschaften erlöste, bei Ausmittlung des Frauenvermögens in Rechnung zu bringen sei.

Was nun zunächst diese letztere Anschauung anbetrifft, so läßt sich dieselbe, wie dies schon aus dem vorhergehenden Falle ersichtlich, an der Hand des Gesetzes nicht rechtfertigen. Mit Eingehung der Ehe nämlich wurden die fraglichen Liegenschaften nach §. 53 des a. b. G. Eigenthum des Ehemannes und es ist eine strengrechtliche Folge dieses Eigenthumsrechts, daß ein allfälliger Mehrerlös dem Ehemann zufalle, somit als Errungenschaft des Ehemannes anzusehen sei. — Gerade deßhalb aber ist es auch nicht zulässig, auf denjenigen Werth abzustellen, der den Liegenschaften vor Eingehung der Ehe zukam, sondern einzig entscheidend ist derjenige Werth, den die Realitäten im Zeitpunkte der Verehelichung der Litiganten besaßen. U. v. 23. März 1867.

§§. 54—61.

40. Es kam auch die Frage zur Erörterung, ob einzig wegen Veräußerung von Liegenschaften der Ehemann verhalten werden könne, die Hälfte des ihm eingekehrten Frauenvermögens sicher zu stellen.

Dem Ehemanne P. R., welcher einiges von seiner Frau erhaltenes liegenschaftliches Vermögen veräußerte, gab der Gemeinderath den Bescheid, daß die Wegfertigung desselben nur dann vorgenommen werde, wenn er die Hälfte des Frauenvermögens durch die Kaufsumme decken lasse, unter Beifügung der Motive: Die Ehefrau habe für die Hälfte des eingekehrten Gutes ein auf das gesammte Vermögen des Ehemannes sich erstreckendes Pfandrecht; dieses Pfandrecht, das auch bei Errichtung einer Hypothek respektirt werde, sei bei Veräußerung von liegenschaftlichem Vermögen in der Weise zu berücksichtigen, daß die Frauengutshälfte auf die Erlössumme angewiesen werden müsse.

Offenbar beruht diese Auffassung der Fertigungsbehörde nicht auf gesetzlicher Grundlage. Das in §. 55 des a. b. G. für die Hälfte des eingekehrten Frauengutes statuirte gesetzliche Pfandrecht ist ein Generalpfandrecht, welches auf der gesammten jeweiligen Vermögensmasse des Ehemannes haftet und nur im Falle einer besondern Sicherstellung den Charakter eines Spezialpfandes annimmt. Schon der Begriff dieses Generalpfandrechtes bringt es mit sich, daß dasselbe bei Veräußerung von Vermögensstücken des Mannes, seien dieselbe Mobilien oder Immobilien, nicht überbunden werden müsse, sondern daß es auf den Erlös des Veräußerten übergehe, so daß also die vom Ehemanne verkauften Vermögenstheile von dem zu Gunsten der Frauengutshälfte darauf haftenden Pfandrechte im Momente der Veräußerung liberirt werden.

Allerdings steht nach §. 60 des a. b. G. dem Gemeinderath auch bei Liegenschaftsveräußerungen das Recht zu, den Ehemann auch ohne

und selbst gegen den Willen der Ehefrau zur besondern Sicherstellung der Frauengutshälfte anzuhalten, wenn nämlich das Frauenvermögen erweislichermaßen mit Verlust bedroht ist. Daß aber die Gefahr dieses Verlustes vorhanden, wurde im Falle nicht im mindesten dargethan.

U. v. 9. Februar 1864.

41. Frau Anna Maria Lüti von Kallern, welche ihren Ehemann Basil Lüti um den Betrag ihres eingekehrten Weiberguts betrieben und unterm 13. Dezember 1854 die Pfändung auf Liegenschaften erwirkte, hatte in dem bald nachher ausgebrochenen Geldstag des Ehemannes ein spezielles Pfandrecht auf die im Betreibungswege geschätzten Liegenschaften geltend gemacht, wogegen Bernhard Muntwiler von Wohlen Einsprache erhoben, indem er die Betreibung und Pfändung als ungesetzlich angefochten und deren Aufhebung begehrt hatte.

Das von Frau Lüti in Anspruch genommene Pfandrecht wurde auch als ungültig aufgehoben und zwar mit der Erwägung:

Die Vollziehungsverordnung vom 21. Dezember 1847 bezeichne den Weg, auf dem die spezielle Sicherheitsbestellung durch Unterpfandsverschreibung erzielt werden könne, aber keine Vorschrift räume der Ehefrau das Recht ein, gegen ihren Ehemann, mit dem sie in ungetrennter Ehe lebe, die Betreibung anzuheben und auf dem Betreibungswege sich Pfänder schätzen zu lassen. Nur dem Gläubiger, der befugt sei, Bezahlung einer Forderung zu verlangen, stehe das Rechtsmittel der Betreibung des Schuldners offen. Das Recht der Ehefrau dagegen sei zunächst auf das Begehren der Versicherung ihres Guts beschränkt. Das Betreibungsverfahren gegen den Ehemann würde auch in grellen Widerspruch fallen mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Ehe und deren Wirkungen, namentlich mit den Bestimmungen der §§. 51 und 52 des a. b. G., nach welchem der Ehemann das Haupt der Familie und berechtigt und verpflichtet sei, das Hauswesen zu leiten, seine Frau in seine Wohnung aufzunehmen und in rechtlichen Angelegenheiten, bezüglich welcher nichts besonderes vorgeschrieben sei, zu vertreten.

U. v. 10. Mai 1855.

42. Die Ehefrau B. verlangte von ihrem Manne die gesetzliche Sicherstellung desjenigen Gutes, welches sie demselben zur Zeit der Eingehung der Ehe, im Jahr 1858, zugebracht hatte.

Der Ehemann anerkannte die Pflicht zur Sicherstellung, allein er wollte nicht bloß für das soeben erwähnte Frauengut Sicherheit leisten, sondern auch für dasjenige in Liegenschaften bestehende Vermögen, welches seiner Frau in jüngster Zeit durch das Ableben ihres Vaters als Erbe

zugefallen, um sich die ungehemmte Dispositionsbefugniß über dieses Vermögen zu sichern.

Aus dem Benehmen der Frau, die die Sicherheitsleistung lediglich mit Bezug auf das bei der Verehelichung eingekehrte Vermögen in Anspruch nahm, trat deren Absicht zu Tage, dem Ehemann das unlängst vom Vater ererbte liegenschaftliche Vermögen wenn immer möglich zu entziehen. Allein dieses Erbe wurde im gleichen Augenblick, als es der Ehefrau angefallen, Eigenthum des Ehemannes, §. 53 des a. b. G. Weder die Ehefrau, noch deren Verwandten sind daher berechtigt, den Ehemann von diesem seinem Eigenthum auszuschließen und bezüglich der Sicherstellung einen Unterschied zwischen dem mit Eingehung der Ehe beigebrachten und dem später angefallenen Vermögen aufzustellen. Nicht nur ist die Ehefrau berechtigt, jederzeit Sicherheit für ihr Gut zu begehren, sondern auch dem Ehemann steht das Recht zu (§. 58 des a. b. G.), für die Hälfte des eingekehrten Gutes besondere Sicherheit zu leisten und dadurch das allgemeine Pfandrecht der Ehefrau aufzuheben.

Das Begehren der Ehefrau wurde denn auch verworfen, der Ehemann aber bei seinem Anerbieten behaftet und für schuldig erklärt, die Hälfte des ganzen von seiner Ehefrau ihm zugebrachten Vermögens zu versichern. U. v. 21. Dezember 1867.

43. Zur Sicherheit der Hälfte des Frauenvermögens im Betrage von Fr. 5685. 71 hatte der Ehemann verschiedene Grundstücke als Pfand verschreiben lassen. Als er nun bald darauf in den Geldstag gefallen, stellte die Ehefrau beim Konkursrichter das Verlangen, daß der Mehrerlös von den ihr eingesetzten Liegenschaften zur versicherten Weibergutshälfte geschlagen und demgemäß collocirt werde.

Wenn nun wirklich aus den verschriebenen Liegenschaften sich ein Mehrerlös ergibt, so berührt dies die Klägerin und ihre Forderung nicht. Nach der Natur der Sache und nach der klaren Vorschrift des Gesetzes (§. 58 des a. b. G.) hat die Ehefrau auf die verschriebenen Liegenschaften nur ein Grundpfandrecht erlangt; der Ehemann aber ist Eigenthümer derselben geblieben. Die Folge dieses Rechtsverhältnisses ist offenbar die, daß der Mehrerlös dem Eigenthümer oder an seiner Stelle der Geldstagsmasse zufällt, die Ehefrau aber nicht mehr als Deckung ihrer Forderung, d. h. ihrer ausgeschiedenen und fixirten Weibergutshälfte anzusprechen berechtigt ist. U. v. 15. April 1862.

§§. 62 u. 63.

44. Daniel Weber von Unter-Entfelden, der in erster Ehe mit der im Jahr 1840 verstorbenen Barbara Berner von Rupperswil verehelicht gewesen und von ihr ein Frauengut von Fr. 1314. 28 eingekehrt erhalten, fiel im Jahr 1852 in den Geldstag, in welchem die Kinder erster Ehe die Hälfte ihres Muttergutes anmeldeten und für Fr. 657. 14 fruchtbar angewiesen wurden. Von diesem geretteten Frauen- resp. Muttergut nahm nun Kläger den Abnutzen für sich in Anspruch.

Die Kinder erster Ehe bestritten dem Vater das Nutznießungsrecht an diesem Vermögen, indem sie anbrachten, daß in seinem Geldstage eine Vermögensausscheidung stattgefunden, in Folge welcher das vollständige und unbeschränkte Eigenthum des Gutes, für das sie, die Kinder, angewiesen worden, auf sie übergegangen sei.

Das Obergericht erkannte: Die beklagten Kinder seien nicht schuldig, dem Vater von dem in seinem Geldstage geretteten Gute ihrer Mutter die Nutzung verabfolgen zu lassen.

Die Behörde motivirte ihren Entscheid in erster Linie an der Hand der zutreffenden Bestimmungen der Berner G. S. und sodann nach den Vorschriften des a. b. G., in welcher Beziehung folgende Betrachtung sich geltend machte: Die §§. 60, 61 und 64 des a. b. G. enthielten mit der B. G. S. grundsätzlich wesentlich übereinstimmende Vorschriften; §. 62 sage aber sehr bestimmt, daß das dem Ehemann zustehende Recht auf das Vermögen der Ehefrau mit dem über ihn gerichtlich verführten Geldstag erlösche.

Wäre man auch aus naheliegenden Gründen (auch nach §. 63) versucht anzunehmen, daß die Vorschrift des §. 62 nur auf das Eigenthums- und Verwaltungsrecht des Ehemannes Bezug habe, so würde dieser Annahme der ganz allgemeine Ausdruck des Gesetzes, der klare Wortverstand desselben entgegenstehen und die anerkannte Regel, daß der Richter nicht zu Unterscheidungen und Einschränkungen Zuflucht nehmen solle, wo das Gesetz nicht unterscheide und sich der allgemeinsten Ausdrucksweise bediene. Eine solche einschränkende Auslegung erscheine auch darum um so unzulässiger und der Absicht des Gesetzgebers widersprechender, als unmittelbar vor §. 62 eben von dem Nutznießungsrecht des Ehemanns am Frauengut die Rede sei und daher unter dem dem Ehemann zustehenden Recht auf das Vermögen der Ehefrau auch das Nutznießungsrecht als inbegriffen verstanden werden müsse.

U. v. 19. September 1855.

45. In dem über F. St. erkannten Geldstage wurde von der Ehefrau des letztern ein Vindikationsanspruch bezüglich verschiedener Fahrhabgegenstände geltend gemacht, welche sie in die Ehe gebracht haben will. Ein Gläubiger bestritt diese Vindikation, insoweit dieselbe einen Tisch, ein aufgerüstetes Bett und einen Kasten zum Gegenstand hatte, behauptend, daß ihm auf diese Objekte ein Pfandrecht zustehe, weil solche vom Vollstreckungsbeamten zu seinen Gunsten ins Pfand gezogen worden.

Das Bezirksgericht erklärte die Vindikation als begründet, entschied aber offenbar gegen den Sinn und Wortlaut der Bestimmungen über das eheliche Güterrecht.

Die Vindikantin verfocht die Ansicht, daß mit dem Eintritt des Konkurses des Ehemannes das Recht, welches er am Vermögen seiner Ehefrau erworben, erloschen sei und diese letztere die Berechtigung erlangt habe, die ihm zugebrachten Fahrhabgegenstände als Eigenthum herauszufordern.

Diese Ansicht ist aber nicht gerechtfertigt. Wohl sagt §. 62 des a. b. G.: „Das dem Ehemann zustehende Recht auf das Vermögen der Ehefrau erlischt mit dem über ihn gerichtlich verfügten Geldstage." Allein diese Bestimmung verordnet nicht, daß das Eigenthumsrecht, welches die Ehefrau bei Eingehung der Ehe verloren, durch den Ausbruch des Geldstages über den Ehemann für sie wieder auflebe, sondern verfügt nur, daß dasjenige Vermögen der Ehefrau nicht mehr in das Eigenthum des Ehemannes übergehe, welches derselben nach Erkennung des Geldstages anfällt, wie sich dies aus einer Prüfung der fragl. Stelle im Zusammenhange mit den übrigen zutreffenden Vorschriften unzweifelhaft ergibt.

Die ins Pfand genommenen Objekte, hinsichtlich welcher die Vindikation bestritten worden, wurden dem Ehemann von seiner Ehefrau vor Ausbruch des Geldstages zugebracht, sie wurden daher nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes Eigenthum des Ehemannes und nie mehr solches der Ehefrau, weßhalb denn auch die Gültigkeit der fraglichen Pfändung und des dadurch geschaffenen Pfandrechts nicht bezweifelt werden kann. U. v. 7. August 1866.

46. Ein in Konkurs gerathener, aber rehabilitirter Ehemann führte eine Schadensersatzklage mit der Behauptung, daß durch das Verschulden des Beklagten das Vermögen seiner Ehefrau im Geldstage verloren gegangen.

Der Beklagte bestritt dem Kläger die Befugniß, seine Frau im gegebenen Falle zu vertreten und zwar mit Grund.

Das dem Ehemann zustehende Recht über das Vermögen seiner Frau erlischt mit dem gerichtlich über ihn verhängten Geldstag und es kann der Mann nach Aufhebung des Geldstages die frühern Rechte über das Vermögen der Frau nur dann wieder erwerben, wenn er für die Hälfte des sämmtlichen vor dem Geldstag eingekehrten und des ihr seit dem Geldstag angefallenen Guts Sicherheit leistet. Die diesfällige Sicherheit hat nun aber der Ehemann nicht geleistet und somit die Rechte auf das Vermögen der Ehefrau nicht wieder erworben, denn mit der bloßen Aufhebung des Geldstages ist dieser Erwerb nicht verknüpft. Der Ehefrau verbleibt, bis die Sicherheitsleistung erbracht ist, nach den §§. 61 und 254 des a. b. G. die Vermögensverwaltung und kann deßhalb der Ehemann bezüglich des von der Ehefrau eingekehrten Gutes, worüber ihm keine Verfügungsgewalt zusteht, den Beklagten nicht belangen. U. v. 3. Dezbr. 1858.

§§. 64 u. 65.

47. Beim Ableben einer Ehefrau wollte der Ehemann von den Kindern verhalten werden, nicht nur die Hälfte des Nachlasses seiner Ehefrau, welcher das Objekt seiner Verwaltung und Nutznießung bildet, sondern diesen Nachlaß in seinem ganzen Betrage zu Gunsten der Kinder sicher zu stellen.

Man versuchte die Ansicht, daß der überlebende Ehemann zu dieser Sicherstellung verpflichtet sei, aus §. 536 des a. b. G. herzuleiten. Diese Ansicht, die vom Gemeinderath und der ersten Instanz vertreten wurde, hat aber nur den Schein für sich, im Grunde ist sie unhaltbar.

Der §. 536 des a. b. G. ist auf den in Rede stehenden Fruchtgenuß des Ehemannes nicht anzuwenden, weil das diesfällige Rechtsverhältniß durch singuläre, lediglich für diesen Fall berechnete Gesetzesvorschriften normirt wird. Als sachentscheidend erscheinen nämlich die §§. 53—61, sodann §. 64 des a. b. G.

Nach Inhalt der §§. 53—61 muß von Seite des Mannes nur die Hälfte desjenigen Vermögens, welches ihm von seiner Ehefrau zukommt, zu Gunsten der letztern sicher gestellt werden. Nun bestimmt §. 64: „Die Rechte, welche der Ehefrau bezüglich des eingekehrten Gutes gegenüber dem Ehemann zustehen, gehen nach ihrem Tode auf ihre Kinder über." Die Kinder haben sonach in Ansehung des zugebrachten Frauengutes dem Vater gegenüber dieselben Rechte, welche der Mutter zugestanden, also Anspruch auf Sicherstellung der Hälfte des ihm eingekehrten und in seiner Verwaltung und Nutznießung befindlichen Weibergutes.

Die Sicherheit verlangende Partei hielt dafür, die Anwendung des §. 64 in dem bereits entwickelten Sinne sei unstatthaft, derselbe setze voraus, daß der Ehemann auch nach dem Absterben seiner Frau noch Eigenthümer des ihm zugebrachten Weibergutes bleibe und auf die hinterlassenen Kinder nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Vater für den Werth des eingekehrten Vermögens übergehe; eine solche Voraussetzung sei aber durch §. 897 des a. b. G. ausgeschlossen, indem daselbst den Kindern und nicht dem überlebenden Ehegatten das Eigenthumsrecht an der mütterlichen Verlassenschaft zugesichert sei.

Die diesfällige Ansicht läßt sich jedoch mit Grund nicht vertheidigen. Die Ehefrau hat am Ehemann ein Forderungsrecht, welches dem Betrage des dem letztern zugebrachten Vermögens gleichkommt. (§. 53 des a. b. G.) Dieses Forderungsrecht ging bei ihrem Ableben auf die Kinder über. (§. 64 l. c.) Der §. 897, welcher lautet: „Das Eigenthum der Verlassenschaft bleibt den Nachkommen des abgestorbenen Ehegatten" — hat den §. 64 nicht aufgehoben, auch steht er mit demselben nicht im Widerspruch. Die Verlassenschaft der Mutter bildet eben ein Forderungsrecht am Ehemann, das Eigenthum dieser Verlassenschaft, d. h. das Forderungsrecht selbst hat sich auf die Kinder vererbt.

Wie man aber auch in dieser Beziehung die Sache auffassen mag, immerhin bestimmt §. 64 als eine spezielle Vorschrift die Pflicht des Ehemannes hinsichtlich des Umfanges der vorwürfigen Sicherstellung, während §. 897 sich bloß über das Eigenthum an der Verlassenschaft des einen oder andern Ehegatten ausspricht. U. v. 13. August 1862.*

* Ein gleichlautender Entscheid wurde unterm 15. April 1868 ausgefällt.

48. Nachdem im Jahr 1854 sich Ehegatten thatsächlich getrennt, hatten sie in gleichem Jahr einen Vermögensausscheidungsvertrag abgeschlossen, in welchem jeder Theil auf das Vermögen des andern verzichtete. Im Jahr 1855 wurden dann die fraglichen Ehegatten in Anwendung des letzten Satzes des §. 154 des a. b. G. wegen Heftigkeit des bestehenden Zerwürfnisses zeitlich auf zwei Jahre von Tisch und Bett geschieden.

Die Ehefrau klagte hierauf gegen den Ehemann, mit Bezug auf welchen sie sich beschwerte, daß er ihre ausstehenden Forderungen einziehen wolle, auf Anerkennung und Erfüllung des berührten Vermögensausscheidungsvertrages.

Als das Bezirksgericht hinsichtlich der Thatsache, daß der Ehefrau bei Eingehung der Uebereinkunft ein Beistand beigeordnet gewesen, auf

Beweis erkannt, hob das Obergericht den Vermögensausscheidungsvertrag als gesetzlich unzulässig und nichtig auf; es fand nämlich:

Der §. 119 des a. b. G. verbiete den Ehegatten die eigenmächtige Trennung der Ehe oder Scheidung von Tisch und Bett. Mit dem Verbot der Scheidung sei auch die Vermögenssönderung als eine bloße Folge der Scheidung untersagt, zumal die Vermögensverhältnisse der Ehegatten durch das Gesetz geregelt seien (§. 53—64) und §. 65 Verträge unter Ehegatten über ihr Vermögen, die den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen, ausdrücklich verbiete. Zwar habe der Richter nach Abschluß des Vertrages die zeitliche Scheidung der Eheleute verfügt. Allein dadurch sei der Vermögenssönderungsvertrag keineswegs gültig geworden, da wiederum das Gesetz die vermögensrechtlichen Folgen der zeitlichen Scheidung in den §§. 156 und 139—141 bestimme und keine Vermögenssönderung gestatte.

Der eingeklagte Vermögensausscheidungsvertrag erscheine daher als ein ungesetzlicher und ungültiger und selbst für den Fall, daß später eine dauernde Scheidung möglich werden könnte, als ein voreiliger und unstatthafter. Halte die Ehefrau ihr Vermögen in den Händen des Ehemannes nicht sicher, so möge sie diejenigen Mittel zur Anwendung bringen, die ihr vom Gesetze zum Schutze desselben geboten werden. U. v. 10. Juli 1856.

49. Ein Ehemann, der dem Konkurs nahe war, stellte einen den Titel „Abtretung" tragenden Akt aus, mit dem Inhalt, daß er ein 3/4 Jucharten haltendes Grundstück seiner Ehefrau eigenthümlich überlasse. Nachdem der Konkurs des Ehemannes längst durchgeführt war, machte die Ehefrau gestützt auf diesen Akt beim Richter das Klagbegehren anhängig, daß sie an der Stelle ihres Mannes als Eigenthümerin des erwähnten Grundstücks erklärt werde, allein ohne Erfolg.

Verträge unter Ehegatten, welche geeignet sind, die Ehefrau auf Unkosten der Gläubiger ihres Mannes zu begünstigen, haben keine Gültigkeit; überhaupt sind Machenschaften der Ehegatten bezüglich ihres Vermögens, welche den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen, unstatthaft. — Die unentgeldliche Ueberlassung einer Sache ist nach dem grammatikalischen Sinne des Gesetzes keine Abtretung, sondern eine Schenkung; dieselbe wird aber durch den Geldstag des Schenkers aufgehoben, wenn sie nicht zur Vollziehung gelangt ist. §. 751. Die Vollziehung der Schenkung, d. h. die Zufertigung des Grundstücks an die Ehefrau hat nicht stattgefunden und ist das Begehren der Letztern auch aus diesem Grunde verwerflich.

Wollte man das Geschäft als Kauf ansehen, so würde demselben §. 680 des a. b. G. entgegenstehen. U. v. 28. April 1859.

50. Von dem Ehemann N. N. wurde ein Schuldschein ausgefertigt, des Inhalts, daß er bekenne, von seiner Ehefrau einen Betrag von Fr. 1000 als Darlehen empfangen zu haben.

Ein diesfälliger Schuldvertrag ist aber nach unserm Gesetz nicht als rechtsbeständig anzusehen. Die Ehe der Contrahenten kam unter der Herrschaft des gegenwärtig geltenden Personenrechts zu Stande. Deßhalb wurde in Gemäßheit des §. 53 dieses Gesetzes alles Vermögen, welches die Frau bei ihrer Verehelichung dem Manne zubrachte und das ihr während der Ehe zufiel, Eigenthum des Ehemannes, der Ehemann dagegen Schuldner der Frau für den Stammbetrag dieses Vermögens.

Es ist demgemäß keinem Zweifel unterworfen, daß die Frau während der Dauer der Ehe kein eigenes, frei verfügbares Vermögen besitzen konnte (Kleider und Zierrathen ausgenommen) und daß sie somit nach stattgefundener Verehelichung, eben weil alles ihr Vermögen schon von Gesetzeswegen dem Manne anfiel, nicht in der Möglichkeit sich befand, mit dem letztern einen gültigen Darlehensvertrag abzuschließen.

Ein derartiger Vertrag, welcher den Ehemann als Darlehensschuldner und die Ehefrau als Gläubigerin bezeichnet, ist ein Widerspruch mit dem Sinn und Geist des Gesetzes über das Güterrecht der Ehegatten und deßhalb auch ausdrücklich verboten. (§. 65 des a. b. G.)

U. v. 24. September 1863.

Zweiter Abschnitt.

Von der Eingehung der Ehe.

§§. 66–117.

51. Gegen die Verehelichung einer minderjährigen Tochter erhob der Vater unter Berufung auf §§. 69 und 203 des a. b. G. einen gerichtlichen Einspruch. Die Tochter bestritt denselben, indem sie ihn materiell als unbegründet erklärte, da der Vater ihn in keiner Weise gerechtfertigt, dann aber sich auf ein Zeugniß des Pfarramtes berief des Inhalts, daß der Vater vor Abschließung der Sponsalien vor dem Pfarrer die Einwilligung zur Ehe gegeben habe.

Das Bezirksgericht hob, die angebliche Einwilligung des Vaters zur Eingehung der Ehe und das fragliche vom Hrn. Pfarrer ausgestellte Zeugniß als erheblich erachtend, den Eheeinspruch auf. Das Obergericht dagegen erkannte, daß das Begehren der Tochter um Aufhebung desselben als nicht gerechtfertigt abgewiesen werde, indem es sich durch nachstehende Motive leiten ließ:

Es sei — so fand es — unbestrittene Thatsache, daß die Tochter das 24ste Altersjahr noch nicht zurückgelegt habe und daher noch unter elterlicher Gewalt stehe. Nach §§. 69 und 203 des a. b. G. seien Kinder, welche diesem Gewaltsverhältniß noch unterworfen, nicht fähig, ohne Einwilligung der Eltern eine Ehe einzugehen und es haben deßhalb die letztern das Recht (§. 102 des a. b. G.), gegen die Verkündung der Ehe eines Kindes Einspruch zu erheben, welche ohne ihre Einwilligung eingegangen werden wolle.

Die Tochter behaupte aber, es sei dieses Recht an gewisse Voraussetzungen geknüpft, die Eltern müssen bestimmte Gründe haben und auch angeben, wenn sie ihre Einwilligung verweigern und daraufhin Einspruch erheben wollen und es sei Sache des Civilrichters, im Falle der Einspruch vom Kinde angegriffen werde, zu untersuchen: ob die angegebenen Gründe hinlänglich seien und den Einspruch zu rechtfertigen vermögen.

Allein diese Ansicht finde im Gesetz keine Bestätigung; umgekehrt gehe aus den über diese Materie vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen hervor, daß die Eltern ihre Einwilligung zur Verehelichung eines noch in ihrer Gewalt stehenden Kindes ohne Angabe irgendwelcher Gründe verweigern können und daß ein von Eltern wegen Mangels ihrer Einwilligung erhobener Einspruch nicht wie derjenige eines Vormundes oder einer Vormundschaftsbehörde im Falle der Bestreitung dem Richter zur Beurtheilung seiner materiellen Begründtheit zu unterstellen sei. In §. 69 werde nämlich ganz unbedingt ausgesprochen, daß die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder unfähig seien, sich ohne Einwilligung ihrer Eltern gültig zu verehelichen, eine Bestimmung, welche in §. 203 wieder ebenso kategorisch wiederholt werde. Hätte der Gesetzgeber die Verweigerung der elterlichen Einwilligung an bestimmte Gründe und Voraussetzungen knüpfen wollen, so hätte er nothwendig bei einem der angeführten §§. es sagen, oder wenigstens dem Richter das Recht vorbehalten müssen, nach freiem Ermessen die Begründtheit der Verweigerung zu prüfen.

Daß er aber dieses nicht gewollt, sondern gerade in Abweichung vom gemeinrechtlichen Grundsatz, wonach allerdings der Consens der Eltern von dem Richter supplirt werden könne, sobald er ohne genügende Gründe verweigert werde, die Eltern der Controle des Richters zu entziehen beabsichtigt habe, erhelle noch besonders aus der Vergleichung des §. 69 mit §§. 70 und 71. Während, wie bereits angegeben, der erstere die Kinder unbedingt an die Einwilligung der Eltern weise, sei in den beiden letztern das Verhältniß der unter Vormundschaft Stehenden dahin bestimmt, daß sie zu ihrer Verehelichung der Einwilligung des Vormundes und der Vormundschaftsbehörde bedürfen, aber zugleich

auch angegeben, aus welchen Gründen die Einwilligung verweigert werden könne. U. v. 1863.

52. Die gleiche Entscheidung findet sich in einem Urtheil vom 2. Dez. 1858, woselbst sich das Obergericht wesentlich dahin ausspricht: Die Eltern, welche gegen die Verehelichung des minderjährigen Kindes Einspruch erheben, (§. 203 des a. b. G.) sind nicht gehalten, zur Unterstützung des Einspruchs Gründe anzuführen; die Verehelichung des Kindes ist unstatthaft, sobald die Eltern die Erklärung abgeben, daß sie die Einwilligung zu derselben versagen.

Nur die Vertreter von Personen, welche der elterlichen Gewalt nicht unterworfen sind, dann die Vormundschaftsbehörde, der heimathliche Gemeinderath und die Ortsbürgergemeinde haben den von ihnen ausgehenden Einspruch mit gesetzlichen Gründen zu rechtfertigen.

53. Der Eingehung einer Ehe widersetzte sich die Heimathgemeinde des Heirathskandidaten, sich auf die Behauptung stützend: Dem Bräutigam mangle der haushälterische Sinn und fehle darum die Gewähr, daß er eine Familie werde erhalten können. Zur Rechtfertigung dieser Behauptung wurde vom Vertreter der Gemeinde angebracht: Der Heirathskandidat übe seit Jahren den Beruf eines Steinbrechers aus, habe aber nicht nur nichts erworben, sondern sei noch mit Schulden behaftet, z. B. um den Kostgeldbetrag von Fr. 71 betrieben, so daß er, unlängst rehabilitirt, neuerdings der Vergeldstagung und der Armuth entgegengehe, wie denn auch sein Vater und sein Bruder sammt Familie aus dem Armengut habe unterstützt werden müssen.

Der Beklagte gab die Richtigkeit der angeführten Thatsachen zu, bestritt aber die daraus gezogene Schlußfolgerung des unhaushälterischen Sinnes. Er behauptete nämlich, seinen Verdienst theils den im Geldstag vom Jahr 1855 verlürstig gewordenen Gläubigern aushingegeben, theils zur Erhaltung des mit seiner Braut gezeugten Kindes und zur Unterstützung seines Vaters, dem er wöchentlich einen Betrag verabfolgt, verwendet zu haben.

Von der Klagpartei selbst ist zugegeben, daß die erstere Behauptung des Beklagten, wonach es ihm möglich gewesen, seine Rehabilitation zu erwirken, ihre Richtigkeit habe und die andern Behauptungen wurden wenigstens nicht verneint. Bei dieser Sachlage findet sowohl der Mangel an Ersparnissen eine befriedigende Erklärung, als auch die Betreibung für rückständiges Kostgeld einigermaßen eine Entschuldigung. Andere Thatsachen, welche den Vorwurf des unhaushälterischen Sinnes

konstatiren könnten, wurden nicht angegeben und namentlich wurde nicht behauptet, daß Beklagter seinen Erwerb auf leichtfertige Weise durchgebracht habe. Anderseits ergab es sich, daß sich der Beklagte durch verschiedene Zeugnisse ausgewiesen, daß es ihm nicht an Arbeitstüchtigkeit und Fleiß gebreche und er im Stande sei, einen ordentlichen Arbeitslohn zu verdienen. Zu seinen Gunsten spricht ferner das Bestreben, das bisherige Verhältniß zu seiner Braut und dem Kinde, welch letzteres er ausschließlich unterhalten haben will, in ein legitimes umzuwandeln. Der Umstand, daß der Vater und der Bruder sammt Familie aus dem Armengut unterstützt werden müssen, kann dem Rechte des Beklagten auf die Verehelichung nicht entgegenstehen.

Der Eheeinspruch wurde daher als unhaltbar aufgehoben.

U. v. 18. Jenner 1870.

Anmerkung. Unter diesem Abschnitt haben einige Urtheile über Eheeinsprüche, die von den Gemeinden, resp. Gemeinderäthen nach Mitgabe des Gesetzes vom 29. Februar 1860 erhoben worden, Aufnahme gefunden. Aus den vielen diesfälligen Entscheidungen wurden nur wenige herausgehoben; denn bei Erledigung dieser Einspruchsfälle handelt es sich in der Regel blos um die Beantwortung von einfachen Thatfragen und führen dieselben äußerst selten zu juristisch interessanten Erörterungen.

Der Zweck der Aufnahme solcher Urtheile ist hauptsächlich der, um öffentlich kundzugeben, wie derartige Materien letztinstanzlich beurtheilt werden.

54. Auch dem Heirathskandidaten H. wurde von der Heimathgemeinde Mangel an Fleiß und haushälterischem Sinn vorgeworfen.

Ueber den diesfälligen Eheeinspruch, den das Bezirksgericht als gerechtfertigt ansah, fand das Obergericht:

Der §. 5 des Eheeinspruchsgesetzes stelle dem Richter die Aufgabe, die für den Entscheid maßgebenden Thatumstände von Amtswegen zu untersuchen. Sei nun auch durch jene Bestimmung eine Beweisführung durch den negativen Haupteid nicht unbedingt ausgeschlossen, so habe doch der Richter bestrittene Thatumstände in erster Linie der amtlichen Untersuchung zu unterwerfen und nur dann auf den Haupteid einer Partei abzustellen, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Untersuchung nicht geeignet sei, ein Resultat zu erzielen. Wenn nun das Bezirksgericht sich lediglich auf den Boden der Verhandlungsmaxime und des formalen Civilprozesses gestellt, von einer amtlichen Untersuchung Umgang genommen und Behauptungen dem Beweise durch den Haupteid unterworfen habe, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit sich sehr wohl durch eine Untersuchung ermitteln lasse, so gerathe sein Erkenntniß mit der

citirten Gesetzesvorschrift in Widerspruch und müsse unter allen Umständen eine Umänderung erleiden.

Allein die Aktenlage erfordere weder eine Untersuchung noch ein Beweisurtheil. Die einsprechende Gemeinde gründe ihr Vorgehen auf die Behauptung: Dem Beklagten gehe wegen Mangels an Fleiß und haushälterischem Sinne die Gewähr ab, daß er eine Familie werde ernähren können. In der Einspruchsurkunde sei freilich noch von Mangel an Arbeitstüchtigkeit die Rede und bei der mündlichen Verhandlung diesem Vorwurfe derjenige schlechter Sitten noch beigefügt worden. Diese beiden Einspruchsgründe fallen jedoch schon formell außer Berücksichtigung, da der eine in der Einspruchsurkunde nicht enthalten und der andere bei der gerichtlichen Verhandlung nicht weiter berührt worden sei.

Anlangend die Frage, ob dem Ehestandskandidaten Fleiß und haushälterischer Sinn abzusprechen sei, so sei es allerdings Thatsache, daß derselbe, nachdem er im Jahr 1864 volljährig erklärt worden und seinen Beruf, das Schusterhandwerk, von da an auf eigene Rechnung betrieben, im Jahr 1865 in den Geldstag gerathen, in welchem Fr. 210 verloren gegangen seien; ferner sei Thatsache, daß er in den Jahren 1865 und 1866 mit Fr. 77 aus dem Armengut habe unterstützt werden müssen. Allein abgesehen von den Ursachen jenes Geldstages gehe es nicht an, bei Beantwortung der Frage, ob der Beklagte unfleißig und unhaushälterischen Sinnes sei, auf einem längst entschwundenen Zeitraum angehörende Vorgänge zurückzugreifen. Die Lebensweise und das Benehmen des Beklagten in der jüngern Vergangenheit sei maßgebend, und diese letztere biete nichts Nachtheiliges gegen ihn; er habe die genossene Armenunterstützung zurückbezahlt, durch Bezahlung der Gläubiger die Rehabilitation erzielt und die Heirathsprästanden geleistet.

Möge ihm auch eine Unterstützung Seitens der Braut und ihrer Mutter zu Theil geworden sein, möge ihm ferner die Heimathbehörde der Braut für den Fall der Verehelichung und der Uebernahme der Schwiegermutter einen Geldbeitrag in Aussicht gestellt haben, wie behauptet werde, so sei weder der eine noch der andere Umstand geeignet, den haushälterischen Sinn des Beklagten in Frage zu stellen und die Ausstellungen der klagenden Gemeinde seien um so weniger von Gewicht, als dem Beklagten die günstigsten Zeugnisse zur Seite stehen. Der Eheeinspruch müsse sonach als nicht gerechtfertigt entkräftet werden.

U. v. 12. April 1870.

55. Als unter Hinweisung auf ein rechtskräftig gewordenes Urtheil des Bezirksgerichts, welches den auf §. 1 lit. d des Gesetzes vom

29. Februar 1860 gestützten Eheeinspruch als unstatthaft aufgehoben, vom Bräutigam die Fortsetzung der durch den letztern unterbrochenen Eheverkündigung nachgesucht worden, trat der Gemeinderath gegen die Verehelichung neuerdings mit einem Einspruch auf, indem er wiederum auf die ganz gleichen Gründe, womit er den bereits verworfenen Einspruch zu rechtfertigen versuchte, Bezug nahm und wurde dieser Einspruch vom Gerichtspräsidenten auch bewilligt.

Diese Bewilligung, wogegen beim Obergericht als bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt wurde, mußte aber als unberechtigt rückgängig gemacht werden.

56. Ein Eheeinspruch, den die Heimathgemeinde des Bräutigams erhob, wurde mit der Behauptung motivirt, daß der Letztere vergeldstagt sei (§. 72 des a. b. G.). Der Bräutigam hatte zugegeben, daß er seinerzeit in den Konkurs gefallen, zugleich aber die Schutzbehauptung aufgestellt, daß der Geldstag wieder aufgehoben worden und er die ehevorigen Rechte wieder erlangt habe. Die Heimathgemeinde bestritt die Erheblichkeit dieser Schutzbehauptung mit dem Einwand, daß die Thatsache der Vergeldstagung den Ausschlag gebe und die Rehabilitation des Bräutigams nicht in Betracht falle.

Das Obergericht erklärte jedoch die Schutzbehauptung als erheblich, indem es annahm, daß, da das Gesetz bestimme: „wenn er vergeldstagt ist" — es offenbar den gegenwärtigen Zustand des Verlobten im Auge habe und nicht die Vergangenheit desselben und daß deßhalb die Thatsache der Vergeldstagung nicht als Eheeinspruchsgrund gelten könne, wenn die Rehabilitation über den Bräutigam ausgesprochen worden.

U. v. 14. März 1855.

57. Nach §. 86 des a. b. G. setzt die Gültigkeit der Ehe voraus, daß das Aufgebot stattgefunden. Siehe über diese Vorschrift den folgenden Fall, Nr. 58, sowie Nr. 102.

58. Ein Bürger von Hausen kam im Jahr 1864 mit einer Bürgerin von Villigen und einem circa drei Jahre alten Kinde von Amerika in die Heimath zurück, mit Bezug auf welches behauptet worden, daß es aus der zwischen diesen beiden im Jahr 1860 im Staate Defiance geschlossenen Ehe hervorgegangen sei. Nachdem der erstere wieder nach Amerika ausgewandert und die letztere, die Angehörige von Villigen, gestorben, entstand zwischen den erwähnten zwei Gemeinden ein Administrativprozeß über die Frage, wo das Kind eingebürgert werden solle.

Die Gemeinde Hausen, in die von ihrem Angehörigen der Knabe

gebracht und der dieser vom Bezirksamt durch vorsorgliche Verfügung für einmal und ohne Präjudiz für die zu lösende Streitfrage zugewiesen worden, trat als Klägerin auf, indem sie die Rechtsbeständigkeit der in Amerika ohne Beobachtung unserer Gesetzesvorschriften eingegangenen Ehe in Widerspruch zog und das Kind als ein unehelich geborenes erklärte, welchem das Bürgerrecht der Mutter zukomme.

Die beklagte Gemeinde Villigen versuchte die Ehe als eine gültige darzustellen; bestritt zugleich, daß ihre Angehörige die Mutter des fraglichen Kindes sei und berief sich schließlich auf §. 117 des a. b. G., wornach, selbst wenn die Ehe als ungültig erklärt werden wollte, dem daraus hervorgegangenen Kinde die Rechte der ehelichen Geburt zuständen und demgemäß dem Knaben das Bürgerrecht in der Heimathgemeinde des Vaters zuerkannt werden müßte.

Eine Ehe nun, die ein Kantonsangehöriger mit Außerachtlassung aller gesetzlichen Vorschriften eingegangen, kann nach §. 8 des a. b. G. und nach konstanter Praxis gar nicht als eine Ehe betrachtet werden; dieselbe hat für den Knaben gar keine rechtlichen Wirkungen und die in einer solchen Ehe erzeugten Kinder haben unter keinen Umständen das Recht, als eheliche Kinder behandelt zu werden.

Die Berufung der beklagten Gemeinde Villigen auf §. 117 des a. b. G. ist daher unbehülflich. Diese Bestimmung setzt eine Ehe voraus, die im Kanton wenigstens faktisch als eine gültige Ehe anerkannt gewesen und wegen eines gesetzlichen Ehehindernisses durch Urtheil als ungültig aufgehoben werden mußte. Eine Ehe aber, wie die in Frage stehende, ohne Aufgebot im Aargau, während der gesetzlichen Wartzeit ꝛc. in Amerika abgeschlossen, muß nicht erst durch Urtheil aufgehoben werden, sondern ist für den Kanton Aargau eo ipso ungültig und hat für denselben gar nie Bestand gehabt.

Aus §. 117 des a. b. G. kann also nicht abgeleitet werden, daß das Kind der klagenden Gemeinde Hausen angehöre und ist die daherige Darstellung der Antwort unrichtig. Es entstand nun aber die Frage, ob die klagende Gemeinde den Nachweis der beklagterseits bestrittenen Behauptung geleistet, daß die Angehörige von Villigen den Knaben wirklich zur Welt gebracht habe und diese Frage mußte verneint und aus diesem Grunde das Klagbegehren, daß das Kind der Gemeinde Villigen zuzusprechen sei, verworfen werden. U. v. 16. März 1870.

Dritter Abschnitt.

Von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§§. 118–123.

59. Gegen ein Erkenntniß, wodurch die Ehe wegen Ehrenkränkung zeitlich auf die Dauer von 18 Monaten geschieden worden, erklärte die Ehefrau — der Klagetheil — die Berufung und verlangte, daß die Dauer der zeitlichen Scheidung auf drei Monate herabgesetzt werde, worauf der Beklagte sich schriftlich dahin vernehmen ließ, daß er das Appellationsbegehren nicht bestreite.

Würde nun ein gewöhnlicher Civilprozeß über verfügbares Mein und Dein vorliegen, so würde diese Vernehmlassung jede weitere Erörterung überflüssig machen. Allein das Institut der Ehe ist ein öffentliches und steht mit dem Wohl des Staates und der Moral seiner Bürger in einem so innigen Zusammenhang, daß es nach verschiedenen Richtungen über die Privatwillkür der Parteien gestellt ist. §§. 119, 120 und folg.

Es können daher Conventionen, deren Zweck darin besteht, die Ehescheidung zu erleichtern und den gesetzlichen Gang des Verfahrens abzukürzen, nicht auf unbedingte Anerkennung des Richters Anspruch machen, sondern es muß das Berufungsbegehren selbst einer materiellen Prüfung unterstellt werden. U. v. 15. Februar 1870.

60. Zwischen dem Ehemann F. einerseits und seiner Frau und den Kindern anderseits wurde zur Beseitigung von Zerwürfnissen, welche in der Familie bestanden, eine Vereinbarung getroffen, in welcher man unter Anderm festsetzte: „Die Ehefrau und ein Sohn sollen berechtigt sein, da, wo es Ihnen beliebt, ihren Aufenthalt zu nehmen und der Ehemann die Verpflichtung haben, der Ehefrau und dem Sohn, so lange dieselben an einem dritten Ort sich aufhalten, monatlich einen Betrag von Fr. 40 zu verabfolgen; der Ehemann hat die Verwaltung des Vermögens, darf aber ohne Bewilligung der Familienglieder keine Güter verpfänden, verkaufen und keine Prozesse als Kläger führen."

Man stritt sich nun über die Frage, ob die erwähnte Vereinbarung auf Gültigkeit Anspruch machen könne. Eine einläßliche Prüfung dieser Frage muß zu deren Verneinung führen. §. 119 des a. b. G. schreibt vor, daß den Ehegatten nicht gestattet sei, die eheliche Verbindung eigenmächtig aufzuheben. Die erstgenannte Bestimmung des Vertrages bezweckt nun aber gerade eine faktische Auflösung der Ehe; denn da-

durch, daß der Ehefrau eine Sustentationssumme ausgesetzt und freigestellt worden, ihren Wohnsitz nach Belieben zu wählen, wird ausgesprochen, daß eine gemeinsame Haushaltung, wie §§. 51 und 52 des a. b. G. sie verlangen, zwischen Mann und Frau nicht mehr stattfinden, die eheliche Gemeinschaft also aufgelöst werden und entgegen dem Verbot des §. 119 eine Scheidung von Tisch und Bett erfolgen solle.

Nach Vorschrift des §. 51 des a. b. G. ist der Ehemann das Haupt der Familie und steht ihm das Recht zu, das Hauswesen zu leiten, also auch über sein Vermögen zu verfügen. §. 65 verbietet den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufende Verträge der Ehegatten in Ansehung ihres Vermögens; eine der Vertragsbestimmungen enthält aber gerade eine Vorschrift über die Vermögensverwaltung und räumt entgegen der citirten Vorschrift der Ehefrau Rechte ein, welche einzig dem Ehemann zustehen. U. v. 27. Februar 1862.

61. Die Ehefrau R., welche auf Ehescheidung klagte, setzte das Begehren ans Recht: Der Richter wolle die Scheidung von Tisch und Bett zwischen ihr und ihrem Ehemann erkennen, den letztern verurtheilen, der Klägerin das von ihr eingekehrte Frauenvermögen zu restituiren und den Beklagten als den schuldigen Theil und als grundsätzlich zur Entschädigung an die Ehefrau verpflichtet erklären.

Der Schluß der Vernehmlassung des Beklagten ging dahin: 1. das Begehren auf Trennung der Ehe werde nicht bestritten. 2. Die Pflicht zur Herausgabe der Hälfte des Frauenvermögens werde anerkannt und gegenüber den weitern Begehren deren Verwerfung beantragt.

Nachdem die Parteien den Aktenschluß erklärt und daraufhin Tag zur Schlußerörterung angesetzt worden, hatte der Beklagte vor Gericht die Insolvenzerklärung abgegeben und sich der Vornahme jeder fernern prozeßualischen Vorkehr widersetzt, indem er behauptet, daß bei dem Umstande, daß die Ehetrennung nicht bestritten sei und nur noch vermögensrechtliche Fragen im Streite liegen, einzig die Geldstagsmasse zur Fortsetzung des Streites befugt erscheine.

Hierauf wurde von der Klägerin das Begehren angebracht: der beklagte Theil, welcher an der zur Schlußverhandlung angesetzten Tagfahrt auf die Verhandlung sich nicht eingelassen, sondern die Zahlungsunfähigkeit zu Protokoll erklärt und dadurch die Geldstagserkennung herbeigeführt habe, sei zur Einlassung auf die Schlußverhandlung in der Hauptsache anzuhalten.

Diesem Begehren mußte Folge gegeben werden. Die Ehefrau klagte gegen den Ehemann auf Scheidung der Ehe. Es ist nun klar, daß die Geldstagsmasse nicht an die Stelle des Ehemannes in seinem Verhältniß

gegenüber der Ehefrau getreten ist, weil eine Rechtsnachfolge in dieses rein persönliche und sittliche Verhältniß nicht gedacht werden kann.

Zwar will der Beklagte geltend machen, es handle sich nur noch um Forderungsansprüche der Ehefrau und es sei somit ihre Klage jetzt nur noch eine bloße Forderungsklage. Allein diese Auffassung erscheint als unstichhaltig. Der Klagschluß geht in seinem oben hervorgehobenen Hauptbegehren auf Scheidung von Tisch und Bett und nur in seinen hievon bedingten Folgesätzen auf Vermögensherausgabe und Schadenersatz. Dadurch, daß der Beklagte sich dem Hauptbegehren nicht widersetzte, erscheint dasselbe noch nicht als erledigt, denn nach §. 121 des a. b. G. wird die Scheidung durch richterliches Urtheil ausgesprochen.

Die Rechtsfrage, wie sie sich aus dem Hauptbegehren ergab, war demnach als ungelöst zu betrachten und bedurfte zu ihrer Entscheidung des gerichtlichen Urtheils. U. v. 30. Oktober 1864.

§§. 124—126.

62. Die Thatsache des Ehebruchs wird vom Gesetze als Grund zur Ehetrennung bezeichnet. Trotzdem nun der Ehemann urkundlich anerkannte und auch dem Richter gegenüber die Erklärung abgab, daß er sich des Ehebruchs schuldig gemacht, hatte das Bezirksgericht die von der Ehefrau angehobene Trennungsklage als nicht bewiesen verworfen, und zwar aus dem Grunde, weil es nicht dargethan sei, daß das Geständniß des Beklagten auf Wahrheit beruhe und den Ehegatten nicht gestattet sei, ihre Verbindung eigenmächtig aufzuheben. §. 119 des a. b. G.

Nach §. 137 des a. b. G. sollen Ehestreitigkeiten auf dem ordentlichen bürgerlichen Rechtswege verhandelt werden und kommt daher bei denselben ebenfalls die Verhandlungsmaxime zur Anwendung. Bezüglich der Beweismittel ist die einzige Ausnahme aufgestellt, daß der Haupteid ausgeschlossen sein soll. Daraus läßt sich aber ableiten, daß alle übrigen im ordentlichen Civilprozesse vorkommenden Beweismittel auch in Ehescheidungssachen zulässig sind, folglich auch das Geständniß berücksichtigt werden muß. U. v. 5. Juni 1868.

63. Bei der sittengerichtlichen Verhandlung, welche der Ehetrennungsklage des Mannes vorangegangen, hatte die Ehefrau eingestanden, einen Ehebruch begangen zu haben, bei der zweiten sittengerichtlichen Verhandlung jedoch dieses Geständniß widerrufen und erklärt, dazu nur durch die trügerischen Zureden und Versprechen ihres Ehemannes verleitet worden zu sein.

Bei Beurtheilung der Sache fand dieser Widerruf des unumwundenen

Geständnisses keine Beachtung. Der Kläger verneinte, daß er sich trügerischer Zureden bedient, um der Beklagten ein Geständniß abzupressen und war die letztere den Beweis ihrer Behauptung schuldig geblieben. Das vor dem Sittengericht abgelegte Geständniß erschien daher als entscheidend, so daß der Zeugenbeweis für die Thatsache des behaupteten Ehebruchs, auf welchen das Tit. Bezirksgericht erkannte, als unnütz fallen gelassen wurde. U. v. 7. Juli 1858.

64. Der §. 126 des a. b. G. schreibt vor: „Die bösliche Verlassung ist ein Klaggrund (§. 123), wenn ein Ehegatte den andern ohne dessen Einwilligung oder ohne einen rechtmäßigen Grund verlassen hat. Ist seit der Entfernung ein Jahr verflossen, so kann der verlassene Theil eine Vorladung verlangen, durch welche der Abwesende gerichtlich unter Androhung der Trennung (§. 120), oder der Scheidung von Tisch und Bett (§. 121) zur Rückkehr aufgefordert und dieselbe dann, wenn er auf diese Vorladung hin innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist, auf wiederholtes Ansuchen des verlassenen Theils ausgesprochen wird."

In einem zur Entscheidung gelangten Falle hatte die Ehefrau ihren Ehemann schon vor vier Jahren verlassen. Nach Verfluß von mehr denn einem Jahre nach der Entfernung der Ehefrau verlangte der Ehemann im Sinne des §. 126 die Ediktalladung gegen die erstere, welche der Ehefrau offiziell zugestellt wurde.

Nach Verfluß wiederum eines Jahres kam nun der Ehemann mit dem Gesuch um definitive Trennung bei dem Gerichte ein. Das Gericht entsprach diesem Gesuch und erkannte auf Ehetrennung, die Ehefrau aber beschwerte sich gegen dieses Urtheil als ein voreiliges und verlangte, daß das Gericht über das dem Urtheil zu Grunde liegende Gesuch des klagenden Ehemannes vorerst ein contradictorisches Verfahren walten lasse.

Man fand jedoch, daß die gesetzlichen Bedingungen erfüllt seien, welche das bezirksgerichtliche Erkenntniß zu seiner Rechtfertigung voraussetzt.

Der Vorschrift des §. 126 liegt das Contumacialverfahren zu Grunde und dasselbe erheischt die sofortige Anwendung des angedrohten Präjudizes. Würde der Richter noch ein contradictorisches Verfahren zulassen, so müßte er mit dem unzweideutigen Inhalt des Gesetzes selbst in Widerspruch gerathen. Die Vorgeladene hatte versäumt innerhalb Jahresfrist ihre allfälligen Rechte zu besorgen und daher den Anspruch auf richterliches Gehör verwirkt.

Das Gesetz selbst will kein contradictorisches Verfahren mehr, sondern den Ausspruch des in der öffentlichen Vorladung enthaltenen Nachtheils für die Säumniß, welcher sich die Vorgeladene augenscheinlich schuldig gemacht dadurch, daß sie den Zeitraum eines Jahres verstreichen ließ,

ohne entweder die Rechtmäßigkeit der Vorladung an sich zu bestreiten, oder allfällige Gründe ihrer Entfernung zur Kenntniß des Richters zu bringen. U. v. 16. November 1870.

§§. 127—138.

65. Nachstellungen oder Thätlichkeiten, welche dem Leben und der Gesundheit eines Ehegatten gefährlich sind, werden in §. 127 als Ehescheidungsgrund aufgestellt.

Es ist nicht erforderlich, daß eine Mehrzahl solcher Nachstellungen oder Thätlichkeiten nachgewiesen werde; es erhellt dies aus dem folgenden Satze der Gesetzesstelle, welche von wiederholten schweren Mißhandlungen spricht. Offenbar hat der Gesetzgeber zwischen den beiden Ehescheidungsgründen unterschieden und nur mit Bezug auf die Mißhandlungen eine Mehrzahl als nothwendig erklärt. U. v. 7. April 1859.

66. Ein Beweis durch Zeugen über die Behauptung, daß „wiederholte" Mißhandlungen stattgefunden, ist in dieser allgemeinen Fassung unzuläßig.

Es ist Aufgabe desjenigen Theils, der die Mißhandlungen behauptet, diese speziell je mit genauerer Angabe von Zeit, Ort und den nähern Verumständungen zu bezeichnen, jedenfalls sind mindestens zwei spezielle Akte der Mißhandlung anzuführen. U. v. 18. Juni 1869.

67. Die Trennung der Ehe, welche die Ehefrau anbegehrte, versuchte die letztere, nebstdem sie noch andere Gründe geltend machte, mit der Behauptung zu rechtfertigen, daß ihrem Ehemanne andauernde Trunksucht zur Last falle.

Diesem Klaggrunde durfte aber keine Berücksichtigung zu Theil werden, weil andauernde Trunksucht nach §. 130 des a. b. G. nur unter der Voraussetzung zur Trennung berechtigt, daß eine zweimalige Warnung durch das Sittengericht ohne Erfolg geblieben sei, im Falle aber eine solche Warnung gar nicht stattgefunden U. v. 20. Juni 1868.

68. Die Ehefrau N. N., welche sich von ihrem Manne, dem in Gemeinden der Bezirke Muri und Bremgarten das Bürgerrecht zustand, zu trennen beabsichtigte, hatte vor dem Bezirksgericht in Bremgarten im Sinne des §. 139 des a. b. G. verschiedene auf das Verhältniß während des Rechtsstreites bezügliche Begehren angebracht. Der Beklagte erhob hierauf die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Bezirksgerichts Bremgarten, er gestand zu, daß er in Gemeinden

beider Bezirke heimathberechtigt sei, wies aber auf die Thatsache hin, daß er in der Heimathgemeinde des Bezirks Muri seinen Wohnsitz habe und glaubte daraus folgern zu können, daß er am Gerichtsstande seines Wohnortes, sonach beim Bezirksgericht Muri belangt werden müsse.

Allein der Entscheid über die Kompetenz des Gerichtes ist im Falle nicht vom Wohnsitz des Beklagten abhängig. Nach §. 8 der P. O. begründet zwar der Wohnsitz des Beklagten in der Regel den Gerichtsstand. Zufolge §. 14 der P. O. wird aber der Gerichtsstand für Vaterschafts- und Ehestreitigkeiten nach den Vorschriften des a. b. G. bestimmt und nach §§. 137 und 106 dieses Gesetzes ist sowohl für die Streitfrage über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe als für Klagen auf Trennung oder Scheidung derselben einzig dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Ehemann sein Ortsbürgerrecht besitzt.

Da nun der Beklagte das Bürgerrecht in Gemeinden der Bezirke Muri und Bremgarten besitzt, so hing es vom freien Willen der Klägerin ab, den Streit in Muri oder in Bremgarten anhängig zu machen; denn daß dannzumal, wenn für eine Rechtssache mehrere Gerichte kompetent sind, dem klagenden Theil die Wahl des Gerichts zustehe, bedarf keiner nähern Begründung. U. v. 20. November 1867.

69. Nachdem im Jahre 1853 ein Ehemann gegen seine Gattin eine Ehetrennungsklage angekündigt, wurde vom Bezirksgericht bald darauf das Verhältniß der streitenden Theile für die Dauer des Prozesses festgestellt (§§. 139, 140 und 141 des a. b. G.).

Da aber der Ehemann seit dem Erlasse des gerichtlichen Entscheides über die Präliminarien weder die angekündigte Klage eingereicht, noch andere rechtliche Schritte gethan, so übermittelte die Ehefrau im Jahre 1861 dem Tit. Gerichtspräsidium ein Gesuch mit dem Schlusse: Es sei dem Ehemann eine Frist zu bestimmen, binnen welcher er eine Rechtsvorkehr zu erstatten habe. Das Bezirksgericht wies die Ehefrau mit diesem Gesuche ab, nachdem dasselbe vom Ehemann bestritten worden.

Allein das Gesuch ist als ein gerechtfertigtes anzusehen. Der Ehemann wird durch das Streitfortsetzungsbegehren seiner Ehefrau nicht unbedingt zur Einreichung der Scheidungsklage gezwungen, sondern er ist befugt, das Recht auch damit fortzusetzen, daß er den Abstand vom Prozesse erklärt. Sodann, wenn es in der aarg. Prozeßordnung auch nirgends mit nackten Worten ausgesprochen ist, liegt es doch im Sinne und Geiste derselben und entspricht allgemein prozeßualischen Grundsätzen, daß nach Anhebung eines Prozesses jede der streitenden Parteien ein Interesse und auch das Recht dazu habe, auf Beendigung desselben

zu bringen und richterliche Verfügungen hervorzurufen, wodurch dem Gegner unter Androhung von Ordnungsbußen zur Fortsetzung des Streites und Erstattung der ihm geeignet scheinenden Rechtsvorkehren Fristen angesetzt werden.

Durch die Verhandlung über die Präliminarbegehren und daherige Verfügungen des Richters werden Verhältnisse festgestellt einzig für die Dauer des Prozesses und es liegt nicht einmal in der Macht beider Parteien (§. 119 des a. b. G.), geschweige denn in der Willkür eines einzigen Streittheiles, diesen nur für die Dauer des Scheidungsprozesses sanktionirten Zustand wider den Willen des Gegners auf unbestimmte Zeit fortdauern zu lassen, sondern es muß entweder der Scheidungsprozeß durch wirkliche Einreichung einer Klage fortgesetzt oder aber der Abstand vom Prozesse erklärt werden. U. v. 10. Jenner 1862.

§. 139.

70. Die Präliminarbegehren, welche *vor* Einreichung der Ehetrennungsklage gestellt worden, wurden vom Bezirksgericht im Sinne der beklagtischen Entgegnung als voreilig angebracht zurückgewiesen, weil nach §. 139 des a. b. G. erst während des Rechtsstreites auf solche Begehren eingetreten werden dürfe, eine Klage aber, mit deren Zustellung der Prozeß anhebe, noch gar nicht verurkundet sei.

Nun hat eine constante Praxis festgestellt, daß auch durch bloße präparatorische Rechtsvorkehren ein Rechtsstreit eingeleitet werden könne und dies muß in einem Ehescheidungsprozeß um so mehr gelten, als die Natur eines solchen Streites Maßregeln von präparatorischem Charakter ganz regelmäßig erheischt. Gewisse Verhältnisse müssen vor allem ausgeordnet werden und ist es nicht erforderlich, daß, ehe diese Verhältnisse zur Sprache kommen, eine wirkliche Ehescheidungsklage eingelegt sein muß; denn §. 139 des a. b. G. sagt, daß auf Verlangen das Gericht *sofort* zu gestatten habe, daß die Parteien von einander gesöndert leben.

Wenn vom beklagten Theil eingewendet wird, daß sich die Klägerin veranlaßt sehen könnte, gar keine Klage einzureichen, oder die Einreichung derselben absichtlich zu verzögern, um den Unterhaltsbeitrag vom Ehemann um so länger beziehen zu können, so ist dagegen in Erwägung zu ziehen, daß es im Sinne des Gesetzes liegt und daß vom T. G. Rathe selbst bei Erledigung des obergerichtlichen Jahresberichtes pro 1866 die allgemeine Weisung erlassen worden, daß die Gerichtspräsidenten in Fällen, wo eine Partei den Rechtsstreit mit einer präparatorischen Vorkehr anhebt, von Amtswegen für ununterbrochene Fortsetzung des Prozesses zu sorgen verpflichtet seien. U. v. 4. August 1868.

71. Der Vater einer noch minderjährigen Tochter hatte gegen die Verehelichung derselben, nachdem sie zum ersten Mal verkündet worden, Einspruch erhoben, die Tochter aber mit Handen des ihr geordneten Pflegers diesen Einspruch auf dem Prozeßwege als einen ungerechtfertigten angefochten.

Als dieser Heirathsangelegenheit wegen zwischen dem Vater und der Tochter Zwistigkeiten entstanden, hatte die letztere in Folge dessen das väterliche Haus verlassen und sich zu einer Familie in der Nachbarschaft in die Wohnung begeben. Wie nun der Vater die Rückkehr der Tochter in die elterliche Haushaltung verlangte und die obrigkeitliche Hülfe (§. 177 des a. b. G.) in Anspruch nahm, wendete sich die Tochter an das Bezirksgericht mit dem Begehren: Es wolle im Sinne des §. 133 des a. b. G., welches analog zur Anwendung kommen müsse, verordnet werden, daß sie, die Tochter, nicht schuldig sei, zu ihrem Vater zurückzukehren, sondern daß ihr gestattet werde, während der Dauer des Prozesses den Wohnsitz bei N. N. zu nehmen.

Bei Beurtheilung dieses Begehrens hat sich die Erörterung vor allem mit der Kompetenzfrage zu befassen. Das Bezirksgericht, welches die Ansicht der Klägerin adoptirte, stützte sich auf §. 139 des a. b. G., indem es vermeinte, sich mit der Rechtsanalogie helfen zu können.

Allein diese Vorschrift erscheint als eine ganz singuläre, bei Ehestreitigkeiten anwendbare Bestimmung, welche nicht analog auf ganz andere Verhältnisse bezogen werden kann. Die Klägerin als minderjährig, befand sich unter der elterlichen Gewalt, welche vom Vater, als dem Haupt der Familie ausgeübt wird. Dadurch, daß zwischen Vater und Tochter ein Prozeß entstanden, wird jene noch nicht aufgehoben und hatte daher der Vater immer noch das Recht, die entflohene Tochter mit obrigkeitlichem Beistand zurückzubringen §. 177 des a. b. G.

Glaubt in einem solchen Falle die Tochter, daß von Seite des Vaters darin ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt liege, weil er trotz des obwaltenden Prozesses sie zwingen will, zu ihm zurückzukehren, so mag sie sich nach Anleitung des §. 198 des a. b. G. an die Vormundschaftsbehörde wenden, den Richter aber kann sie in dieser Beziehung nicht in Anspruch nehmen. U. v. 3. Juli 1863.

72. Als der Ehemann N. gegen seine Frau, die schon längere Zeit nicht mehr mit ihm zusammen lebte, Klage führte mit dem Rechtsbegehren: sie sei richterlich zu verhalten, zu ihm, dem Ehemanne, zurückzukehren, trug sie dem Bezirksgericht das Gesuch vor, es wolle ihr gestattet werden, während der Dauer des Streites ihren Wohnsitz im Hause ihrer Brüder zu nehmen und es

sei der Ehemann pflichtig zu erklären, ihr die Unterhaltskosten zu bezahlen und die Prozeßkosten vorzuschießen.

Die Beklagte behauptete, daß gleichwie dies in einem Ehescheidungsprozeß zu geschehen hätte, so auch für die Dauer des obwaltenden Streites ihr vom Richter ein Domizil angewiesen und ihr Ehemann verfällt werden müsse, ihr ein Unterhaltungsgeld zu verabfolgen und vorschußweise die Prozeßkosten zu entrichten, indem die Vorschriften der §§. 139 und 140 des a. b. G. hier analog in Anwendung zu bringen seien.

Dieser Ansicht gegenüber ist nun zu bemerken, daß die ausdrücklich nur für Ehescheidungsfälle festgesetzten Bestimmungen der §§. 139 und 140 des a. b. G. nicht analog auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen, weil eine solche Ausdehnung schon einer allgemeinen Rechtsregel widersprechen würde. Daß bei Ehescheidungen der Richter den Parteien gestatten kann, von einander gesöndert zu leben und daß in diesem Falle der Ehemann die Ehefrau zu unterhalten hat, ist natürlich und leicht begreiflich, weil auf gesetzlichem Wege danach getrachtet wird, das eheliche Band zu lösen und in diesem vom Gesetzgeber vorgesehenen Fall es für beide streitenden Theile wünschenswerth erscheinen muß, das Verhältniß unter ihnen provisorisch durch den Richter bestimmen zu lassen. Im Falle handelt es sich aber nicht darum, das eheliche Band auf gesetzlichem Wege zu lösen, indem der Ehemann vielmehr Aufhebung der im Widerspruche mit den §§. 51, 52 und 119 des a. b. G. stehenden faktischen Trennung anbegehrt. Die Ehefrau widersetzt sich diesem Begehren, ohne auf Scheidung zu klagen und will daher auf ungesetzlichem Wege die Fortdauer eines Verhältnisses zu erzwingen suchen, welches nach klarer und bindender Vorschrift (§. 119) nicht bestehen darf. U. v. 2. Juli 1864.

§§. 140—156.

73. Infolge der von Seite des Ehemannes N. N. geführten Klage wurde die Ehetrennung ausgesprochen und die Ehefrau zur Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 1500 verurtheilt, sodann wurden die Prozeßkosten unter den Parteien wettgeschlagen. Der Kläger forderte demgemäß von der Beklagten die Rückerstattung der Kosten im Betrage von Fr. 339. 03, welche er ihr im Laufe des Prozesses vorschießen mußte.

Von der Beklagten wurde die Forderung bestritten und eingewendet: das daherige Urtheil spreche nicht von einer solchen Pflicht. Uebrigens sei nach dem Wortlaut des §. 140 des a. b. G. der Ehemann zur Bezahlung der Prozeßkosten eines Ehetrennungsstreites verhalten, da diese einen Theil des Unterhaltes des andern Ehegatten bildeten.

Das Obergericht verurtheilte die Beklagte zur Bezahlung der genannten Summe von Fr. 339. 03 an den Kläger und zwar durch folgende Betrachtung geleitet:

Nach §. 139 des a. b. G. könne die Ehegattin, welcher ein abgesonderter Wohnsitz gestattet worden sei, verlangen, daß der Mann ihren Unterhalt auch außer seinem Hause besorge. Dieses Recht sei offenbar eine Consequenz der Vorschritt des §. 51 des a. b. G., wonach der Ehemann verpflichtet sei, die Frau in seinen Wohnsitz aufzunehmen und ihr einen seinem Stande entsprechenden Unterhalt zu gewähren. Es könne daher wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehemann die während des Ehescheidungsprozesses seiner Frau verabreichten Alimentationsbeiträge später nicht mehr zurückfordern dürfe, indem der Mann unter allen Umständen seiner Ehefrau den benöthigten Unterhalt hätte gewähren müssen und ihm somit während des Ehescheidungsprozesses in dieser Beziehung eigentlich keine besondere Last aufgebürdet worden.

Anders verhalte es sich dagegen mit den Kosten des Rechtsstreites. Zwar bestimme der §. 140 des a. b. G., daß dieselben auch zum Unterhalt der Ehegattin gehören und deßhalb vom Ehemann zu prästiren seien; allein er verpflichte denselben blos zur vorschußweisen Bezahlung dieser Kosten. Der Gesetzgeber, welcher die Alimentation der Gattin dem Ehemann zur absoluten und unbedingten Pflicht mache und ihn daher verhalte, diese ihm schon vermöge des ehelichen Verhältnisses obliegende Verbindlichkeit auch während des Ehescheidungsstreites unbedingt und zwar ohne Aussicht auf spätern Ersatz zu erfüllen, wolle dem Ehemann keineswegs die gleiche Pflicht bezüglich der Prozeßkostenleistung auferlegen sondern der §. 140 verpflichte den Ehemann blos dazu, die Kosten des Streits seiner Gattin vorzuschießen, d. h. sie einstweilen für dieselbe zu bezahlen, unter dem selbstverständlichen Vorbehalte, je nach dem Ausgange des Rechtsstreites diese Vorschüsse wieder zurückfordern zu dürfen.

Im Falle seien nun die Kosten wettgeschlagen worden und daraus folge das Recht des Ehemannes, die ihr schon zum voraus bezahlten Kosten zurückzuverlangen, ansonst es ja im Erfolg darauf hinaus kommen würde, daß er auch zur Bezahlung der Kosten seiner Gattin, mithin zur Tragung sämmtlicher Streitkosten verurtheilt worden wäre.

U. v. 18. September 1855.

74. Nach Anleitung von §. 147 des a. b. G. wurde vom Bezirksgericht, das auf Ehetrennung erkannte, dem schuldigen Theile, dem Ehemanne, auferlegt, eine Entschädigung von Fr. 500 an die Ehefrau auszurichten.

Der Ehemann, der die Berufung anmeldete, stellte das Begehren,

daß die ihm obliegende Entschädigung auf einen geringern Betrag herabgesetzt werde.

Anlangend dieses Begehren, so verordnet §. 147 des a. b. G., daß bei Bestimmung der Entschädigung namentlich auch auf die Vermögensumstände der Ehegatten billige Rücksicht zu nehmen sei. Der Beklagte besitzt kein Vermögen, auch ist nicht Aussicht vorhanden, daß ihm dereinst ein bedeutendes Erbe anfallen werde.

Gleichwohl kann von der Herabsetzung der bezirksgerichtlich festgesetzten Entschädigung nicht die Rede sein. Beim Fortbestand der Ehe wäre es Pflicht des Beklagten gewesen, der Klägerin Wohnung und einen entsprechenden Unterhalt zu gewähren; nun aber, da die Trennung der Ehe erkannt worden, ist es der Klägerin selbst obgelegen, für Wohnung, Kleidung, Nahrung, überhaupt für ihr Auskommen Sorge zu tragen. Schon gegenüber den Leistungen, welche der Klägerin in dieser Richtung auffallen, erscheint die ihr zugesprochene Entschädigung von Fr. 500 als ein so geringes Betreffniß, daß eine Herabsetzung desselben auf einen noch kleinern Betrag weder vom Standpunkte des strengen Rechts, noch von demjenigen der Billigkeit aus sich rechtfertigen läßt. Dazu kommt noch, daß auch die Klägerin kein Vermögen besitzt und das, was sie von ihren Eltern zu erwarten hat, ganz gering anzuschlagen ist. U. v. 18. August 1870.

75. Wird die Trennung der Ehe ausgesprochen, so sind, wie §. 149 des a. b. G. vorschreibt, die Kinder dem unschuldigen Theile zuzuerkennen, insofern der Richter es nicht aus erheblichen Gründen für vortheilhafter erachtet, sie dem andern Theile oder einer dritten Person anzuvertrauen.

Nach Maßgabe dieser Vorschrift wurde in einem Falle das eine der beiden Kinder, ein circa 6 Jahre alter Knabe, dem als schuldig erkannten Theile, dem Vater, zugesprochen, weil man fand, es sei im entschiedenen Interesse des Knaben gelegen, daß derselbe unter der unmittelbaren Aufsicht und Autorität des Vaters verbleibe.

U. v. 20. Juni 1871.

76. Im Jahr 1842 wurde eine Ehe in Entsprechung der von der Ehefrau geführten Klage zeitlich auf die Dauer von 2 Jahren gerichtlich geschieden. Nun verlangte im Jahr 1866 die Ehefrau, die seitdem, also mehr als 20 Jahre lang, von ihrem Ehemann faktisch abgeschieden lebte, daß die dauernde Scheidung ausgesprochen werde.

Das Urtheil des Bezirksgerichts vom Jahr 1842 hatte auf den §. 125 des bürg. Gesezes vom Jahr 1826 abgestellt, welcher gleich-

lautend mit §. 127 des gegenwärtigen Gesetzes vorschreibt, daß grobe, widerrechtliche Kränkungen der Ehre, die ein Ehegatte dem andern zufügt, diesen berechtigen, die Scheidung zu verlangen. Der Grund der groben und widerrechtlichen Ehrenkränkung ist sowohl gemäß der frühern als auch der gegenwärtigen Gesetzgebung ein definitiver Ehescheidungsgrund; nur sittlich-politische Rücksichten, namentlich das Bestreben, den Ehegatten die Wiedervereinigung zu erleichtern, veranlaßten den Gesetzgeber, zu bestimmen, daß eine zeitliche Scheidung dem Ausspruch auf gänzliche oder definitive Scheidung vorauszugehen habe (§§. 151 und 152 des frühern und §§. 154 und 155 des gegenwärtigen bürg. Gesetzes).

Hieraus muß nun aber nothwendig gefolgert werden, daß, wenn die Frist der aus Grund der Ehrenkränkung erkannten zeitlichen Scheidung abgelaufen, ohne daß eine Wiedervereinigung der Ehegatten zu Stande gekommen, der gekränkte Theil das Recht erlangt hat, die gänzliche Scheidung anzubegehren. Es leuchtet ein, daß, nachdem ein gesetzlicher Scheidungsgrund bereits nachgewiesen worden, nun nicht mehr nothwendig fällt, einen neuen Scheidungsprozeß anzuheben und neue thatsächliche Klaggründe anzubringen und muß es deßhalb genügen, daß nachweislich die vom Richter bestimmte Wartzeit fruchtlos verstrichen sei, d. h. ohne daß inzwischen eine Versöhnung und Wiedervereinigung der Parteien stattgefunden habe.

Dem Scheidungsbegehren der Ehefrau, welches der Ehemann bestritten, wurde demgemäß Folge gegeben. U. v. 5. April 1866.

77. Zufolge §. 154 des a. b. G. soll eine zeitliche Scheidung von Tisch und Bett von dem Gerichte erkannt werden, bevor die dauernde Scheidung resp. Trennung aus dem Grunde grober und widerrechtlicher Kränkungen der Ehre und der persönlichen Freiheit des andern Ehegatten zu gestatten ist. Ist die zeitliche Scheidung in dem soeben erwähnten Sinne ausgesprochen, so hat der Klagetheil die Berechtigung, sofort nach Ablauf der vorläufigen Trennungsfrist die dauernde Scheidung zu verlangen, insofern die erkannte zeitliche Scheidung nicht zu einer gütlichen Wiedervereinigung der Ehegatten geführt hat.

Die durch das Gesetz für den erwiesenen Fall grober Ehrenkränkung geforderte zeitliche Scheidung bildet also das Uebergangsstadium zur dauernden Scheidung und es ist folglich dieser Fall mit dem am Schlusse des gleichen Paragraphen erwähnten nicht zu verwechseln, wo wegen fehlenden Beweises für einen gesetzlichen Scheidungsgrund eine dauernde Scheidung gar nicht ausgesprochen werden darf, so daß nur eine zeitliche Scheidung gestattet werden kann, wenn bei der Heftigkeit

des Zerwürfnisses die plötzliche Wiedervereinigung der Parteien nicht rathsam wäre. U. v. 22. Jenner 1869.

Drittes Hauptstück.

Von den Rechten und Pflichten der Eltern und Kinder.

Erster Abschnitt.

Von ehelichen Eltern und Kindern.

A. Von der ehelichen Abstammung.

§§. 157—173.

78. Durch gerichtliches Urtheil vom 25. April 1853 wurde die Trennung einer Ehe ausgesprochen. Am 1. Jenner 1854 gebar die abgeschiedene Ehefrau einen Knaben, den das Bezirksgericht in Folge ihrer vor Sittengericht abgegebenen Erklärung, daß nicht der gewesene Ehemann, sondern ein Dritter der Erzeuger des Kindes sei, ihr, der Mutter, als unehelich zugesprochen hatte.

Das fragliche Kind wurde aber letztinstanzlich als ehelich erklärt; dasselbe ist nämlich unbestritten innerhalb 300 Tagen seit der gerichtlichen Trennung der Ehe geboren, mithin vom Gesetz als ehelich geboren angenommen (§. 157 des a. b. G.), zumal der abgeschiedene Ehemann dessen Ehelichkeit nicht angefochten und die Angaben der Mutter den Rechten des Kindes keinen Einklang thun können (§. 173 des a. b. G.). U. v. 8. Dezember 1859.

79. Nach Verfluß von 68 Tagen nach Eingehung einer Ehe hatte die Ehefrau einen Knaben geboren. Der Mann bestritt die Ehelichkeit des Kindes mit Bezugnahme auf §. 158 des a. b. G., indem er anbrachte: Nach dieser Gesetzesstelle könne der Mann die eheliche Geburt des Kindes anfechten, wenn er die Unmöglichkeit beweise, daß er während des Zeitraumes von dem 300sten bis 180sten Tage vor der Geburt desselben seiner Frau ehelich beigewohnt habe. Nun sei es einleuchtend, daß er seiner Frau während des fraglichen Zeitraumes vor der Geburt des Kindes nicht ehelich habe beiwohnen können, da dieses schon nach Verfluß von 68 Tagen nach Vollziehung der Ehe zur

Welt gekommen sei. Es entstand also die Frage, ob das vor dem 180sten Tage nach Abschluß der Ehe geborne Kind eo ipso unehelich (weil außer der Ehe erzeugt) zu betrachten sei.

Diese Frage war zu verneinen.

Der §. 157 des a. b. G. stellt die Regel auf, daß alle während der Ehe gebornen Kinder für ehelich zu halten sind und §. 173 spricht dafür, daß zur Ehelichkeit des Kindes nicht Zeugung und Geburt während der Ehe, sondern nur eines von beiden, Zeugung oder Geburt, während derselben erforderlich ist. Zufolge dieser beiden Gesetzesbestimmungen erscheint demnach das in Rede stehende Kind als ein eheliches, indem es während der Ehe geboren worden und gezeigtermaßen die Zeugung während derselben nicht als nothwendiges Requisit für dessen Ehelichkeit sich darstellt. — §. 158 gewährt allerdings unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, die eheliche Geburt eines vor dem 180sten Tage nach Abschluß der Ehe zur Welt gekommenen Kindes zu bestreiten. Allein der Beweis der Thatsache, daß von der Verehelichung bis zur Geburt des Kindes nicht 180 Tage verstrichen seien, genügt noch nicht, dessen Unehelichkeit zu konstatiren, da, wie aus dem Gesagten sich ergibt, es schon durch die Geburt während der Ehe den Charakter eines ehelichen Kindes erhält, auch wenn es vor Eingehung derselben gezeugt worden.

Hieraus folgt denn, daß der Ehemann, wenn er die Ehelichkeit des fraglichen, in der Ehe gebornen Kindes mit Erfolg bestreiten will, den Beweis zu erbringen hat, daß ihm dessen Zeugung in der Zeit vom 300sten bis 180sten Tage vor der Geburt nicht möglich gewesen.

Der §. 160 des a. b. G., welcher lautet: „Die Bestreitung der Ehelichkeit eines vor dem 180sten Tage nach geschlossener Ehe gebornen Kindes ist unzulässig, wenn der Mann vor der Verehelichung Kenntniß von der Schwangerschaft der Frau hatte," — enthebt den Ehemann nicht von der Leistung dieses Nachweises. Dieser Paragraph bezieht sich nämlich auf §. 158, er enthält bloß eine Beschränkung dieser Gesezesstelle, keineswegs aber einen andern Grundsatz bezüglich der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes und somit auch keine leichtern Bedingungen, unter denen diese Anfechtung stattfinden könnte.

U. v. 28. August 1860.

B. Von der älterlichen Gewalt.

§§. 174—193.

80. §. 177 räumt den Eltern das Recht ein, entwichene Kinder zurückzufordern und flüchtige mit obrigkeitlichem Beistand zurückzubringen.

Ein Fall, in welchem auf den hier ausgesprochenen Grundsatz hingewiesen wird, findet sich unter Nr. 71.

81. Der Vater, dem die elterliche Gewalt über seine Kinder richterlich entzogen wird, verliert auch die Verwaltung und Nutznießung ihres Vermögens und zwar zufolge Vorschrift des §. 182 des a. b. G., wornach den Eltern die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Kinder auf so lange zusteht, als diese unter der elterlichen Gewalt sich befinden.

Es gilt dieß aber nicht mit Bezug auf das von der Ehefrau hinterlassene Gut, welches erbrechtlichen Bestimmungen zufolge als Eigenthum der Kinder und als Objekt der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns resp. Vaters zu betrachten ist. In Ansehung dieses letztern Vermögens hat der Vater einen selbstständigen, auf dem Erbrechte der Ehegatten beruhenden und von der elterlichen Gewalt ganz unabhängigen Anspruch, nämlich den Anspruch auf lebenslängliche Verwaltung und Nutznießung desselben. Daß das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht über den Nachlaß der Ehefrau dem Ehemann einzig vermöge der zutreffenden erbrechtlichen Vorschriften (§. 894 des a. b. G. u. folg.) und nicht etwa vermöge seiner väterlichen Gewalt über die Kinder zusteht, geht aus diesen Vorschriften selbst hervor, gemäß welchen ihm der Nießbrauch für die ganze Lebensdauer, also auch für die Zeit nach eingetretener Volljährigkeit der Kinder — eingeräumt ist.

In Folge der Entziehung der elterlichen Gewalt verliert somit der Vater das Verwaltungs- und Benutzungsrecht über das Vermögen der Kinder nur insoweit, als ihm dasselbe kraft der elterlichen Gewalt zugestanden, mithin nur über das ins Sondereigenthum der Kinder übergegangene Separatvermögen derselben. U. v. 8. November 1860.

82. Ehegatten hatten in Folge getroffener Uebereinkunft getrennte Wohnungen und die Ehefrau führte mit ihren Kindern eine eigene, von der ihres Mannes gesönderte Haushaltung. Der Schuhmacher, der der Ehefrau und ihren Kindern für mehrere Jahre die Schuhe lieferte, belangte beide Ehegatten um Bezahlung der dießf. Rechnung im Betrage von mehrern hundert Franken, die Ehefrau, weil sie die Waare bestellt und innert den Schranken ihrer Befugniß gehandelt habe, den Ehemann, weil er nach dem Gesetz verhalten sei, der Frau und den Kindern einen angemessenen Unterhalt, wozu die Kleider gehören, zu geben.

Die Ehefrau bestritt die Forderung des Schuhmachers, weil der Ehemann es sei, der für den standesgemäßen Unterhalt der Frau und

der Kinder einstehen müsse. Der Ehemann widersetzte sich der Forderung, weil nur er, als Haupt der Familie, für diese letztere gültige Schuldverbindlichkeiten eingehen könne und für eine Schuld, die die Ehefrau ohne seine Zustimmung eingegangen, nicht haftbar sei.

Was nun das Klagbegehren anbelangt, so muß, wenn auch die Ehefrau gemäß einer zwischen ihr und ihrem Manne bestehenden Uebereinkunft von diesem gesöndert wohnt und für sich und ihre Kinder eine besondere Haushaltung führt, dessen ungeachtet die von denselben eingegangene Ehe nach den zutreffenden Gesetzesbestimmungen als fortbestehend angesehen werden. Bei Entscheidung des Rechtsstreites sind somit, ohne jegliche Rücksicht auf die erwähnte, zwischen Mann und Weib entstandene Vereinbarung, die gesetzlichen Vorschriften ins Auge zu fassen durch welche einerseits die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten unter sich und gegenüber ihren Kindern, anderseits aber Dritten gegenüber bestimmt werden. Nach §. 51 liegt dem Ehemann die Pflicht ob, seiner Frau einen seinem Stande und Vermögen entsprechenden Unterhalt zu gewähren und nach §. 192 ist es vorzüglich Pflicht des Vaters, für den Unterhalt der Kinder zu sorgen. Als Theil der nothwendigen Bekleidung gehören aber die gelieferten Arbeiten unzweifelhaft zum Unterhalt der Ehefrau und ihrer Kinder.

Bei dieser aus dem Gesetze klar sich ergebenden Folgerung dürfte die Beantwortung der Frage: Ob die Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes befugt gewesen, jene Bestellungen zu machen, resp. ob sie denselben dadurch habe verpflichten können, kaum nöthig fällen. Indeß müßte auch diese Frage bejaht werden. Wenn nämlich nach §. 190 die Eltern, somit auch die Mutter, verpflichtet sind, den Kindern den anständigen Unterhalt zu verschaffen und nach §. 193 die Mutter hauptsächlich verbunden ist, mit der Wartung der Kinder die Pflege ihres Körpers und ihrer Gesundheit auf sich zu nehmen, so hat es wohl auch in der gesetzlichen Pflicht der Ehefrau gelegen, für die Anschaffung der Schusterarbeiten zu sorgen, da sie zugestandener Maßen nöthig gewesen.

Die Bezahlung ist aber dem Ehemann obgelegen, da es nach §. 192 vorzüglich die Pflicht des Vaters ist, für den Unterhalt der Kinder besorgt zu sein, bis sie sich selbst ernähren können.

Deßhalb wurde dann auch das Klagbegehren, insofern es gegen die Ehefrau gerichtet war, verworfen, mit Bezug auf den Ehemann dagegen als begründet erklärt. U. v. 1. April 1857.

§§. 194—207.

83. Der Vertreter armer minderjähriger Kinder belangte den Großvater derselben um Bezahlung des zu ihrer Erziehung und Ver-

pflegung nöthigen Betrages, da außer demselben andere Verwandte, auf welchen die gesetzliche Pflicht der Unterstützung ruht, nicht in Anspruch genommen werden konnten.

Der Beklagte warf dagegen die Frage auf: Ob er für die Unterhaltung armer Großkinder ins Mitleiden zu ziehen sei, wenn die Interessen des Gemeindearmenfonds und der übrigen Gemeindegüter zur Unterhaltung aller Armen ausreichen.

Diese Frage wurde jedoch als eine müssige angesehen. Der §. 194 des a. b. G. ist nämlich klar und die Unterstützungspflicht der Großeltern vor derjenigen der Ortsgemeinde als allgemein gültige Regel ausgesprochen und wo das Gesetz so allgemein und unbedingt spricht, darf der Richter in keine willkürlichen Unterscheidungen eintreten, sondern hat er dasselbe streng und ausnahmslos zur Anwendung zu bringen.

U. v. 25. Jenner 1860.

84. Das im Sinne von §. 196 des a. b. G. erfolgte Begehren um Verabfolgung einer angemessenen Ehesteuer wurde mit der Entgegnung bestritten, daß seit der Verehelichung des Klägers ein Zeitraum von mehr als 10 Jahren verstrichen und deßhalb der Anspruch auf eine Ehesteuer als durch Verjährung erloschen zu betrachten sei.

Nach §. 852 und 853 des a. b. G. erlöschen die Forderungen durch Verjährung, wenn sie innert 10 Jahren nicht geltend gemacht werden. Das Gesetz statuirt einige wenige Ausnahmen von dieser Regel, unter welchen aber die Ehesteuerforderungen keineswegs enthalten sind und muß sonach angenommen werden, daß auch der Anspruch auf eine Ehesteuer durch Zeitablauf verloren gehe.

Wenn man einwenden will, daß dieser Anspruch seiner Natur nach nicht verjähren könne, so erweist sich dies der bestimmten Vorschrift des Gesetzes gegenüber als bedeutungslos, abgesehen davon, daß nicht einmal überzeugende innere Gründe dafür sprechen, Forderungen dieser Art dem Gesetze der Verjährung zu entziehen. U. v. 31. Juli 1860.

85. In §. 198 des a. b. G. sind die Maßnahmen vorgesehen, welche gegen den Mißbrauch der elterlichen Gewalt zuläßig erscheinen. Unter Nr. 71 ist auf ein Verhältniß aufmerksam gemacht, bei welchem unter Umständen diese Maßnahmen angewendet werden können.

86. Die unter der elterlichen Gewalt stehenden Kinder können ohne Einwilligung der Eltern keine gültige Ehe eingehen. §. 203 des a. b. G.

Ueber die hier berührte Vorschrift s. Nr. 51.

87. Eine Forderung, welche beim zahlungsunfähig gewordenen Schuldner nicht erhältlich war, wurde gegenüber dem Sohne desselben, der die Schuldverpflichtung als Bürge unterzeichnete, geltend gemacht.

Der Beklagte mußte aber infolge der Einwendung, daß er zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung noch minderjährig gewesen, von der Klage befreit werden und konnte die replikantische Entgegnung, daß die Einwilligung des Vaters des Beklagten zu dieser Verpflichtung vorauszusetzen sei und diese sich daraus ergebe, weil die Bürgschaft zu seinen Gunsten übernommen worden, ferner daß der Beklagte, als er der Schuldverpflichtung als Bürge beigetreten, die Stelle eines Lehrers bekleidet habe, den Anspruch des Klagetheils nicht aufrecht erhalten.

Nach §. 204 des a. b. G. konnte der Beklagte, als er noch minderjährig war und unter väterlicher Gewalt stand, keine gültige Verpflichtung eingehen und erscheint deßhalb die dießfällige Bürgschaft für ihn als unverbindlich. Umsonst stützt man sich darauf, daß man im Falle die Einwilligung des Vaters annehmen und sie zwar aus dem Umstand herleiten müsse, weil die Bürgschaft zum Vortheil desselben stattgefunden. Selbst diese Einwilligung wäre nicht geeignet, der Verpflichtung des beklagten Sohnes eine rechtliche Bedeutung beizulegen, denn hätte diese Verbürgung für den Vater eine rechtsverbindliche sein sollen, so wäre dem Sohne nach §. 263 des a. b. G. ein Pfleger zu bestellen und von diesem die Zustimmung auszusprechen gewesen.

Anlangend die Eigenschaft eines öffentlichen Lehrers, die dem Sohne zukommt, so geht aus derselben die Rechtsverbindlichkeit der Verpflichtung nicht hervor. Das Gesetz knüpft das Erlöschen der väterlichen Gewalt nirgends an die Uebernahme einer derartigen Stelle und von den Fällen, in welchen Minderjährige auch vor erreichter Volljährigkeit aus der väterlichen Gewalt treten (§§. 210—212), ist hier keiner zutreffend.

U. v. 21. Juli 1853.*

* Vgl. auch den Fall unter Nr. 103.

88. Ein Vater von zwei Söhnen und einer Tochter belangte einen der erstern auf Grund des §. 207 des a. b. G. um angemessene Altersunterstützung.

Der beklagte Sohn setzte der Klage die Einrede den mehrern Streitgenossen entgegen, indem er anführte:

Wenn der Vater sich im Falle glaube, von seinen Kindern Unterstützung verlangen zu können, so habe er dazu alle Kinder aufzufordern, weil alle Kinder verpflichtet seien, an die Unterstützung des Vaters beizutragen.

Diese Ansicht wurde indessen letztinstanzlich nicht gut geheißen. Der §. 636 des a. b. G. schreibt vor: „Haben in einem Vertrage mehrere sich einem Dritten verpflichtet, so haften sie demselben gemeinsam. Wollen sie nicht gemeinsam verhaftet sein, so müssen sie dieses im Vertrage ausdrücklich erklären. Durch diese Bestimmung stellt das aargauische Gesetz, abweichend von andern Gesetzgebungen, den Grundsatz auf, daß die Solidarität in Vertragsverhältnissen die Regel sei und daher rechtlich vermuthet werde und die nicht gemeinsame Verpflichtung die nicht zu vermuthende Ausnahme bilde. Nun beruht allerdings die Unterstützungspflicht der Kinder gegenüber den Eltern nicht auf Vertrag, sondern auf einer gesetzlichen Bestimmung. Allein diese Verschiedenheit im Entstehungsgrunde der Obligation ist nicht vermögend, den im §. 636 ausgesprochenen allgemeinen Rechtsgrundsatz hinsichtlich der Unterstützungspflicht der Kinder zu alteriren. U. v. 5. November 1868.

89. Der vermögenslose Samuel Hochuli von Reitnau belangte seine Töchter, welche kaum über soviel zu verfügen hatten, um sich selbst und ihre Kinder nothdürftig durchzubringen, um Verabreichung einer Unterstützung und zwar unter Hinweisung auf §. 207 des a. b. G.

An der Hand der citirten Gesetzesvorschrift welche die Kinder verpflichtet, die arm gewordenen Eltern nach Maßgabe ihres Vermögens zu unterhalten, wurde entschieden, daß den Beklagten bei dieser Sachlage keine Verbindlichkeit zur Unterstützung ihres Vaters obliege.

U. v. 11. März 1856.

C. Von der Erlöschung der älterlichen Gewalt.

§§. 208—213.

90. Wird einem Sohne nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre von den Eltern der Betrieb eines Gewerbes oder einer Handlung, oder die Führung einer Haushaltung zugelassen, so ist nach §. 211 des a. b. G. daraus zu folgern, daß derselbe aus der elterlichen Gewalt entlassen sei.

Ueber den Sinn des §. 211 des a. b. G. in Verbindung mit §. 397 l. c. siehe Nr. 139.

91. Der Bürger N. N., welcher vor mehreren Jahren aus der reformirten Landeskirche, der er früher angehörte, ausgetreten und sich zur Sekte der Neutäufer bekannte, weigerte sich, seinen der Schule be-

reits entlassenen Sohn in den pfarramtlichen Religionsunterricht zu schicken aus dem von ihm angegebenen Grunde: „weil er selbst schon lange nicht mehr Mitglied der reform. Landeskirche sei und es nicht mit seinem Gewissen vereinbaren könne, seinen Sohn in den Unterricht derselben zu schicken, besonders noch, weil er, der Sohn, selbst nicht gehen wolle, indem er ebenfalls aus der Staatskirche ausgetreten und Mitglied derselben freien Gemeinschaft sei, zu welcher er, der Vater, zähle." Verschiedenen Aufforderungen und Drohungen des Sittengerichts gegenüber beharrte der Vater stetsfort auf seiner Weigerung, worauf diese Behörde dem Bezirksgericht von diesen Vorgängen Kenntniß gab und bei demselben den Antrag einbrachte: Dem Vater sei, weil er sich widersetze, seinen Sohn in den kirchlichen Religionsunterricht zu schicken, die elterliche Gewalt zu entziehen.

Das Bezirksgericht glaubte diesem Begehren entsprechen zu sollen und erkannte: Dem Vater sei die elterliche Gewalt über seinen Knaben entzogen und der Gemeinderath angewiesen, diesem Knaben einen Pfleger zu stellen.

Ueber diese interessante Materie, welche der Sohn an das Obergericht weiter zog, fand diese letztere Behörde: Der bezirksgerichtliche Entscheid stützt sich auch darauf, daß der Vater sich dem Bevormundungsbegehren des Gemeinderathes nicht widersetzt habe; allein dieser Umstand allein kann die Frage nicht entscheiden, da einerseits auch Rechte des Sohnes in Betracht kommen, die ihm nicht willkürlich entzogen werden können, anderseits das vorliegende Verhältniß eine öffentlich rechtliche Seite hat und daher nicht einfach der freien Verfügung des Einzelnen preiszugeben ist (§. 7 des a. b. G.) Demgemäß ist zu untersuchen, ob gesetzliche Gründe vorhanden gewesen, dem Vater die elterliche Gewalt zu entziehen.

Der §. 213 des a. b. G. schreibt vor: „Eltern, welche die Erziehung und Verpflegung ihrer Kinder wesentlich vernachlässigen, verlieren die elterliche Gewalt auf immer." Hiernach ist es Aufgabe des Richters, zu prüfen, ob gegen den Vater solche Thatsachen behauptet oder bewiesen sind, daß daraus auf eine Vernachlässigung der ihm obliegenden Erziehung ein sicherer Schluß zuläßig sei oder ob eine solche Vernachlässigung mindestens aus einer allfälligen geistigen oder sittlichen Verwahrlosung des Sohnes selbst gefolgert werden müßte. Allein dieser Aufgabe unterzog sich das Bezirksgericht nicht. Auf die einzige Thatsache gestützt, daß der Vater sich weigerte, seinen Sohn in den öffentlichen Religionsunterricht zu schicken, hatte es den erstern eines der wichtigsten Rechte des Bürgers für verlurstig erklärt.

Nun ergibt sich nicht nur aus einem vom Gemeinderath des Heimat-

ortes ausgestellten Leumundszeugniß, daß der Vater gut beleumdet sei, sondern aus einem Schulentlassungszeugniß der Schulpflege geht hervor, daß der Knabe die Schule recht fleißig besucht und in den Unterrichtsfächern sich „gute" Kenntnisse erworben, auch durch sein Betragen sich stetsfort das Zeugniß „eines gesitteten Schülers" verdient habe. Bei dieser Sachlage muß es doch auffallen, wie das Bezirksgericht dazu kommen konnte, anzunehmen, daß dem Vater eine wesentliche Vernachlässigung der Erziehung zur Last falle, während die angeführten Thatsachen gegentheils dafür sprechen, daß derselbe es sich angelegen sein ließ, seinem Sohne eine gute Erziehung zu geben. Prüft man aber den Grund, der allein das Bezirksgericht zu dieser Annahme bestimmte, so besteht derselbe nicht etwa darin, daß der Sohn aus Liederlichkeit oder Unfleiß, oder andern unentschuldbaren Motiven vom Religionsunterricht ausgeblieben und vom Vater in diesem Benehmen unterstützt worden sei, sondern darin, daß der Vater glaubte, es mit seinem Gewissen nicht vereinbaren zu können, den Sohn in einem christlichen Glaubensbekenntniß aufzuerziehen, dem er selbst nicht mehr angehöre. Die Weigerung eines Vaters, sein Kind in irgend ein Unterrichtsfach zu schicken, ja die Weigerung aus angeblich widerstreitenden religiösen Ansichten könnte nun allerdings möglicherweise eine wesentliche Vernachlässigung der Erziehung in sich schließen, wenn es sich aus den begleitenden Umständen ergeben würde, daß solche Gründe nur als frivoler Vorwand benützt werden wollten, um sich der Pflicht zum Besuch des Unterrichts zu entziehen. Allein im vorliegenden Fall berechtigt nichts zu der Annahme, daß die Weigerung des Vaters nicht als aus wirklicher Ueberzeugung hervorgegangen zu betrachten sei. Nun ist die religiöse Vereinigung, welcher der Vater angehört, eine vom Staate geduldete und wenn Art. 12 der Staatsverfassung, welcher die Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet, eine wirkliche Wahrheit ist, so darf ein Vater, der seinen Sohn in einer von der Landeskirche abweichenden Lehre erzieht, nicht mit dem Verlurst eines bürgerlichen Rechts belegt, allerwenigstens nicht mit Entziehung der elterlichen Gewalt bestraft werden, eine Maßnahme, die einzig und allein gerechtfertigt gewesen wäre, wenn es sich nach Erforschung aller maßgebenden Thatumstände ergeben hätte, daß dem Vater in der Erziehung eine wesentliche Vernachlässigung zur Last falle.

Mit diesen Motiven wurde das vom Gemeinderath gestellte Begehren als ein ungerechtfertigtes verworfen. U. v. 9. Dez. 1868.

Zweiter Abschnitt.

Von Kindern unehelicher Geburt.

§§. 214—224.

92. Die §§. 214 und 215 enthalten den Begriff der unehelichen Geburt. — Die Motive eines Entscheides lauten dahin, daß auch solche Kinder als unehelich anzusehen seien, welche aus einer Ehe hervorgegangen, die in Amerika mit Außerachtlassung der Vorschriften unseres Gesezes zu Stande gekommen.

Ebenso spricht sich ein Urtheil in Ansehung von Kindern aus, die in einer im Kanton Neuenburg eingegangenen Ehe geboren worden.

Vgl. Nr. 58 und 102.

93. Gegen das Begehren des Vaters eines unehelichen Kindes, daß ihm dieses gerichtlich zugesprochen werde, erhob die Heimathgemeinde Einspruch, auf §. 225 des a. b. G. gestützt, wonach die Gemeinden gegen die Anerkennung eines unehelichen Kindes alle Einreden geltend machen können, welche dem für den Beitrag der Verpflegung und Erziehung des Kindes belangten Vater zustehen.

In Folge dieses Einspruches trat der Vater des Kindes gegen die Gemeinde mit einer Klage auf und verlangte dessen Verwerfung. Der Gemeinderath bestritt die Klage und suchte seinen Einspruch vorzugsweise mit der thatsächlichen Behauptung zu rechtfertigen, daß die Mutter des Kindes ihre Schwangerschaft nicht *persönlich* dem heimathlichen Pfarramte zu Handen des Sittengerichtes angezeigt, auch nicht vor Sittengericht erschienen und keine Angaben über Zeit und Ort der Schwängerung gemacht habe, so daß es ungewiß sei, ob die Geburt vor dem einhundert und achtzigsten oder nach dem dreihundertsten Tage der Zeit der Schwängerung stattgefunden.

Was nun vorerst die Einrede betrifft, daß die Weibsperson die Anzeige der Schwangerschaft nicht *persönlich* dem Pfarrer gemacht habe, so ist sie unstichhaltig; der §. 216 des a. b. G. verpflichtet nur allgemein die Weibsperson, ihre Schwangerschaft dem Pfarrer des Heimathsortes zu Handen des Sittengerichtes anzuzeigen, ohne näher zu bestimmen, auf welche Weise diese Anzeige zu geschehen habe; namentlich ist nirgends vorgeschrieben, daß sie zu diesem Behufe *persönlich* vor dem Pfarramte zu erscheinen habe. Im Falle wurde dem Pfarramt vom *Vater* der Geschwängerten die Anzeige gemacht und dadurch dem Gesetze Genüge gethan.

Anlangend die Einrede, daß das sittengerichtliche Verhör nicht stattgefunden, so war die Frage zu entscheiden: ob die Mutter eines unehelichen Kindes, welche beim heimathlichen Pfarramte ihre Schwangerschaft rechtzeitig angezeigt hat, aber vom Sittengerichte nicht einvernommen worden ist, ihr Klagrecht verliere, weil wegen dieser Unterlassung die Rechtzeitigkeit ihrer Niederkunft (§. 234 lemma 3 des a. b. G.) ungewiß ist?

Diese Frage wurde verneint und zwar mit folgenden Motiven: Der §. 216 des a. b. G. mache der schwangeren Weibsperson nur die rechtzeitige Anzeige beim heimathlichen Pfarramte zur Pflicht; mit derselben habe sie ihre Diligentien erfüllt. Der §. 217 mache sodann dem Sittengerichte die umständliche Einvernahme der schwangeren Weibsperson, beziehungsweise die Ermittlung der Zeit der Schwängerung, zur Aufgabe. Die Unterlassung dieser Einvernahme könne nicht die von der Gemeinde behauptete Folge — den Verlust des Klagrechts — nach sich ziehen, weil die Erfüllung dieser Gesetzesvorschrift nicht von dem Willen der Weibsperson abhange und sie die Säumniß des Sittengerichtes nicht zu büßen habe. U. v. 10. November 1864.

94. Der Vater eines außerehelichen Kindes wurde in Folge des gegen ihn geführten Alimentationsprozesses zur Bezahlung eines jährlichen Unterhaltungsbeitrages von Fr. 80 an die Mutter verurtheilt. Derselbe, vollstreckungsweise um Bezahlung mehrerer fällig gewordenen Jahresbeiträge angegangen, machte geltend, daß er mit dem Vater der Klägerin, als dem im Sinne von §. 217 des a. b. G. bestellten Pfleger, einen Vergleich abgeschlossen, wodurch er eine Gesammtsumme an sie zu entrichten sich verpflichtet, daß er diese Summe auch bezahlt habe und deßhalb die Vollstreckungsbewilligung als gegenstandslos dahin gefallen sei.

Forscht man nun nach den Rechten und Pflichten, welche dem nach §. 217 ernannten Pfleger zukommen, so finden sich dieselben in dem darauf folgenden §. 218 angeführt. Danach hat er für die Sicherheit der Geburt des außerehelichen Kindes zu wachen und nach derselben gegen das Kind alle Pflichten eines Vormundes zu erfüllen, sodann auch für die Anhebung der Alimentationsklage Sorge zu tragen. Daraus erhellt aber keineswegs, daß der Pfleger des außerehelichen Kindes berechtigt gewesen, für sich allein einen Vergleich in der Weise abzuschließen, daß er dadurch auch die Mutter hätte verpflichten können. Aus jener Gesetzesstelle muß vielmehr das Gegentheil gefolgert werden. Offenbar sind durch jene Vorschrift der Fürsorge des Pflegers wesentlich die Interessen des Kindes anheimgegeben; nachdem dessen Geburt stattge-

funden, hat der Pfleger sich hinsichtlich der Mutter nicht weiter zu bethätigen, als für die Anhebung einer allfälligen Alimentationsklage besorgt zu sein und war daher der Vater nicht befugt, auf einen wohlerworbenen Anspruch der Tochter, welchen sie infolge rechtskräftig gewordenem Urtheil zu fordern hat, zu verzichten und mit dem Schuldner am Platze dieses Anspruchs eine geringere Leistung zu vereinbaren. Anders wäre es freilich, wenn die Tochter zu dieser Vereinbarung ihre Einwilligung gegeben oder sie nachträglich genehmigt hätte.

U. v. 20. April 1865.

95. Die Gültigkeit der Anerkennung eines unehelichen Kindes von Seite des Vaters setzt voraus, daß dieselbe von ihm nach freiem Vortritt vor dem Gericht seines Heimathortes erklärt werde. §. 222 des a. b. G.

Vgl. Nr. 98, am Ende.

§. 225.

96. Das Begehren um Zuspruch eines außerehelichen Kindes, welches der Vater beim Bezirksgericht anbrachte, hatte die letztere Behörde, den Gründen der Protestation der Heimathgemeinde des Erzeugers Folge gebend, als ungerechtfertigt zurückgewiesen.

Das hier eingehaltene Verfahren erzeigt sich aber als ein unzulässiges. Nach §. 225 des a. b. G. können die Gemeinden gegen die Anerkennung eines Kindes alle Einreden geltend machen, welche dem für den Beitrag an die Kosten der Verpflegung und Erziehung des Kindes belangten Vater zustehen. Unterliegt aber die Erörterung der Frage über die Pflicht eines derartigen Beitrages — wie dies das Gesetz vorschreibt — dem ordentlichen civilrechtlichen Verfahren, wird über die Einreden, die dem um Alimentation belangten Vater zukommen, auf dem Wege des Civilprozesses entschieden, so muß dieses Verfahren auch Anwendung finden hinsichtlich dieser Einreden, wenn sie von der Gemeinde gegen die Kindesanerkennung geltend gemacht werden.

Es hätte also das Bezirksgericht auf die erfolgte Bestreitung der Kindsanerkennung den den Zuspruch verlangenden Vater einfach auf den Civilrechtsweg verweisen und sich für einmal jedes weitern Vorgehens in dieser Sache enthalten sollen. U. v. 4. Dezember 1858.

97. Von einem andern Bezirksgericht wurde in einem gleichen Falle folgendes Verfahren beobachtet. Das Begehren des Vaters, daß ihm das Kind im Sinne des §. 221 des a. b. G. zugesprochen werde, brachte

das Bezirksgericht der Heimathgemeinde zur Kenntniß mit der Auflage, daß sie eine allfällige Interventionsklage gegen das erwähnte Begehren innert 21 Tagen anzubringen habe.

Die Gemeinde führte Beschwerde gegen diese gerichtliche Verfügung und vertheidigte die Ansicht, daß die Rolle des Klagetheils, wenn überhaupt ein Streit entstehe, nicht ihr, sondern dem anerkennenden Vater zukomme. Diese Auffassung der Gemeinde ist völlig begründet. §. 225 des a. b. G. enthält die Bestimmung, daß gegen die Kindesanerkennung die Gemeinden alle Einreden geltend machen können, welche dem Vater des Kindes zukommen, wenn er um einen Alimentationsbetrag belangt wird.

Durch diese Vorschrift wird den Gemeinden, denen die Geltendmachung von Einreden gestattet wird, offenbar die Stellung der beklagten Partei angewiesen.

98. Als das vom Erzeuger eines außerehelichen Kindes gestellte Zuspruchsbegehren von der Heimathgemeinde widersprochen worden, that derselbe in der Angelegenheit keine weiteren Schritte mehr, sondern ließ die Sache einfach auf sich beruhen. Nun traten aber die Mutter und ihr außereheliches Kind mit dem Begehren vor den Civilrichter, daß der Einspruch der Heimathgemeinde gegen die Kindesanerkennung des Erzeugers als unstatthaft erklärt und als nichtig aufgehoben werde.

Die Vertheidigung der beklagten Gemeinde ging wesentlich dahin, daß sie der Mutter und dem Kinde die Legitimation zur Sache, d. h. das Recht bestritt, den erwähnten Einspruch richterlich anzufechten und dieses Recht einzig dem Vater des Kindes, welcher aber auf die Anfechtung Verzicht geleistet, anerkannte.

Es war daher die Frage zu entscheiden, ob die Mutter und das Kind zur Sache legitimirt seien, d. h. ob diesen überhaupt das Recht zustehe, gegen die fragliche Gemeinde klagend aufzutreten.

In dieser Beziehung fand man: Nach Mitgabe der einschlägigen Bestimmungen des Personenrechts sei es außer Zweifel gestellt, daß die Mutter des außerehelichen Kindes nach dem Grundsatze der Maternität, welcher dem Abschnitte im bürgerlichen Gesetzbuche „von Kindern unehelicher Geburt" wesentlich zu Grunde liege, gegen den vermeintlichen Vater nur ein Klagrecht auf Leistung eines Beitrages an die Kosten der Verpflegung und Erziehung des Kindes besitze und in dem genannten Gesetzesabschnitte keiner anderen Klage erwähnt werde, welche der Mutter des außerehelichen Kindes zustände. Es könne demgemäß auch nicht in dem Umfange ihrer Berechtigung liegen, vermittelst einer Klage dahin zu wirken, daß das Kind dem angeblichen Vater zugesprochen werde.

Auch dem Kinde sei vom Gesetze die Befugniß nicht eingeräumt,

irgend welche, auf seine Standesverhältnisse bezügliche Klage zu führen. Zufolge §. 219 des a. b. G. werde der bürgerliche Stand unehelich geborener Kinder in allen Fällen vom Gerichte bestimmt und diese Standesbestimmung geschehe nach Anleitung von §. 220, 221 u. 228 in der Weise, daß das Kind entweder dem Vater oder der Mutter zugesprochen werde.

Der Mutter und dem Kinde fehle aber auch noch aus einem andern Grunde das Recht zur Klage. §. 222 des a. b. G. enthalte die Bestimmung, daß zur Gültigkeit der Anerkennung eines außerehelichen Kindes von Seite des Vaters erforderlich sei, daß sie auf freien Vortritt desselben vor dem Gerichte seines Heimathsortes erklärt werde. Die Kindesanerkennung durch den Erzeuger sei sonach ein Akt, welcher lediglich auf freiem Willen des Letztern beruhe und deshalb nicht auf rechtlichem Wege zu erreichen und durch keine Klage erzwingbar sei. Demzufolge sei jede Klage der Mutter und des Kindes, möge dieselbe unmittelbar, oder auch, wie die vorwürfige, blos mittelbar auf Anerkennung des außerehelichen Kindes von Seite des Vaters gerichtet sein, durch die zutreffenden, auf dem Maternitätsprinzip beruhenden Gesetzesbestimmungen ausgeschlossen. U. v. 6. September 1861.

§§. 226—228.

99. Gegen die Verehelichung eines Bürgers hatte die Heimathgemeinde, gestützt auf §. 1. lit. d. des Gesetzes vom 29. Februar 1860 über das Eheeinspruchsrecht der Gemeinden, Gemeinderäthe und Vormünder, Einwendung erhoben. Dem Heirathskandidaten wurde infolge dessen die Verehelichung richterlich untersagt und ihm eine Wartzeit von zwei Jahren bestimmt.

Nachdem bald darauf die Braut außerehelich geboren, trat der Bräutigam vor das Bezirksgericht, anerkannte das Kind als das seine und stellte das Begehren, daß ihm dasselbe richterlich zugesprochen werde. Der Gemeinderath protestirte nun auch gegen die fragliche Kindesanerkennung unter Hinweisung auf §. 226 des a. b. G., welcher die Vorschrift enthält, daß die Anerkennung nur mit Einwilligung der Heimathgemeinde des Vaters stattfinden könne, wenn er der Zustimmung der Gemeinde zur Eingehung der Ehe bedürfe (§. 72), oder ihm bereits ein uneheliches Kind zugesprochen sei.

Der Gemeinderath ging sonach von der Ansicht aus, daß, wenn ein Protest gegen die Verehelichung zulässig sei (und daß dieser in concreto als statthaft erscheine, sei prozedürlich festgestellt), ein solcher auch gegen die Kindesanerkennung Platz greifen könne.

Allein diese Ansicht ist unrichtig. Die Gemeinde hat gegen die Ver-

ehelichung auf Grundlage des §. 1 lit. d. des citirten Eheeinspruchsgesetzes Einwendung erhoben, nämlich unter Geltendmachung des Umstandes, daß dem Bräutigam die Gewähr abgehe, daß er eine Familie erhalten oder die sonstigen Pflichten eines Hausvaters erfüllen könne.

Diese Gesetzesbestimmung ist aber in Ansehung der Kindesanerkennung nicht anwendbar. §. 226 des a. b. G. verweist ausdrücklich auf §. 72 l. c. Es sind daher die in zuletzt genannter Gesetzesstelle aufgezählten Eheeinspruchsgründe allerdings geeignet, die Kindesanerkennung unwirksam zu machen, nicht aber auch der Eheeinspruchsgrund, welcher auf §. 1 lit. d. des Gesetzes vom 29. Februar 1860 beruht.

U. v. 18. Dezember 1862.

100. Ebenso wurde erkennt unterm 1. Juli 1863 und den bereits genannten Gründen noch die Erwägung beigefügt:

Das Urtheil, wodurch der Einspruch gegen die Verehelichung des das außereheliche Kind anerkennenden Vaters aufrecht erhalten worden, habe nur die Wirkung, daß dieser inner der im Urtheil festgesetzten Frist nicht zur Ehe schreiten dürfe; eine weitere rechtliche Folge habe das Urtheil nicht, jedenfalls nicht diejenige, daß er das mit seiner Verlobten erzeugte uneheliche Kind ohne Einwilligung seiner Heimathgemeinde nicht anerkennen dürfe.

Dem Richter stehe nicht zu, Bestimmungen eines aus politischen und administrativen Gründen erlassenen, lediglich das Einspruchsrecht gegen die Ehe eines Gemeindeangehörigen normirenden Separatgesetzes auf ein ganz anderes Rechtsgebiet hinüber zu tragen, resp. dadurch Bestimmungen des allgemeinen privatrechtlichen Gesetzbuches über die Anerkennung eines unehelichen Kindes zu erweitern, solange der Gesetzgeber eine solche Erweiterung nicht ausdrücklich verfügt habe.

101. Im Jahr 1853 erschien ein Bürger von Schiltwald vor Bezirksgericht, nannte sich als Vater eines schon im Jahr 1845 geborenen Kindes und suchte dessen Zuspruch nach.

Die Gemeinde Schiltwald, von diesem Begehren amtlich in Kenntniß gesetzt, erhob dagegen eine Interventionsklage und schloß auf Verwerfung des Zuspruchsbegehrens, die Bestimmung des Gesetzes anrufend, wornach die Anerkennung eines außerehelichen Kindes innert Jahresfrist von der Geburt desselben an gerechnet geschehen solle.

Der Auftritt der Gemeinde wurde jedoch letztinstanzlich als unbegründet erklärt, weil §. 4 des Einführungsgesetzes zum I. Theil des a. b. G. vom 31. August 1847 vorschreibt, daß die Bestimmungen des II. Abschnitts im III. Hauptstück über die Kinder unehelicher Geburt

und ihren bürgerlichen Stand bei den unehelichen Kindern zur Anwendung kommen, welche nach dem 31. Christmonat 1847 geboren werden, bezüglich der unehelichen Kinder also, die vor dem 31. Dezember 1847 zur Welt gekommen, das früher bestandene Personenrecht maßgebend ist, wodurch die Kindesanerkennung der Zeit nach nicht beschränkt wird.

U. v. 27. Juni 1854.

102. Nach gleichen Grundsätzen wurde in nachstehendem Falle geurtheilt. J. Sch., Bürger von Zofingen, wohnte, wie schon sein Vater und Großvater, in Peseux, Kantons Neuenburg. Am 25. September 1829 verehelichte er sich daselbst mit Marie Anna Julie Renaud, und erzeugte in der Ehe mit der letztern drei Kinder, die in den Jahren 1835, 1836 und 1838 zur Welt kamen. Nachdem seine erste Frau gestorben, verheirathete sich J. Sch. im Jahr 1845 zum zweiten Mal und zwar mit Susette Sophie Cornu von Gorgier, von welcher ihm ebenfalls drei Kinder geboren wurden. Seine Kinder zweiter Ehe wurden nun vom Gemeinderath von Zofingen als Bürger dieser Gemeinde anerkannt, nicht aber die Kinder erster Ehe, indem der Gemeinderath erwiderte, daß ihm von der Ehe, die im Jahr 1829 geschlossen worden sein soll, nichts bekannt sei, weil die Ehe in Zofingen nie verkündet worden und J. Sch. die vorgeschriebenen Verpflichtungen nicht erfüllt habe.

Infolge dessen trat der letztere, der die erste Ehe nach Maßgabe des neuenburgischen Gesetzes eingegangen, dabei aber den Vorschriften des aargauischen Gesetzes nicht Rechnung getragen, vor die Schranken des Bezirksgerichts von Zofingen und verlangte auf Grundlage des Personenrechts vom 1. Januar 1828 den gerichtlichen Zuspruch der fraglichen Kinder.

Diesem Begehren, dem sich die Gemeinde Zofingen widersetzte, mußte entsprochen werden. Vom Standpunkte der neuenburgischen Gesetzgebung aus müssen die aus der ersten Ehe hervorgegangenen Kinder als ehelich geboren betrachtet werden, da bei Eingehung dieser Ehe die zutreffenden Vorschriften dieses Staats beobachtet worden. Mit Bezug auf die aargauische Gesetzgebung dagegen sind diese Kinder unehelich. Nun muß der Stand der unehelichen Kinder in allen Fällen vom Gericht bestimmt und müssen sie dem Vater zugesprochen werden, wenn derselbe sie als die seinen anerkannt oder die Mutter den Beweis ihrer Klage geleistet hat. (§. 232 des Personenrechts vom 1. Jenner 1828.)

Bezüglich der Zahl der zuzusprechenden Kinder tritt zwischen dem alten und neuen Gesetz ein wesentlicher Unterschied hervor. Während nämlich das jetzt geltende Gesetz unter keinen Umständen dem Vater, insofern seine Heimathgemeinde nicht damit einverstanden ist, gestattet,

mehr denn ein uneheliches Kind anzuerkennen, wird durch das alte Gesetz in dieser Beziehung keine Schranke aufgestellt. U. v. 20. Jenner 1870.

§§. 229—233.

103. Dem Vater eines außerehelichen Kindes gegenüber setzte die noch unter elterlicher Gewalt befindliche Mutter das Begehren ans Recht: Derselbe sei schuldig ihr an die Kosten der Verpflegung und Erziehung des Kindes von dessen Geburt an bis zum vollendeten 16. Altersjahr einen jährlichen Beitrag zu entrichten und entweder mit der Klägerin, mit der er ein Eheverlöbniß eingegangen, die Ehe zu vollziehen oder ihr volle Genugthuung zu leisten.

Der Beklagte widersetzte sich diesem Begehren, indem er eine von der Klägerin am 22. März 1854 unterzeichnete Erklärung produzirte des Inhalts: „Endesunterzeichnete N. N. erklärt hiedurch, daß das von „ihr zu erwartende Kind, das in circa 3½ Monaten (Ende Juni oder „Anfangs Juli) soll geboren werden, den N. N. (den Beklagten) zum „Vater hat, daß sie aber das ihr gegebene und öffentlich verkündete „Eheversprechen nicht mehr geltend machen will, wenn obige Erklärung „durch eine zu früh stattfindende Niederkunft sich als unwahr erweisen „sollte." Der Beklagte hob hervor, daß die Klägerin schon am 21. April 1854 niedergekommen, daß es daher durch die „zu früh stattgefundene Niederkunft" der Klägerin sich herausgestellt, ihre Erklärung bezüglich der daherigen Vaterschaft sei nicht richtig und erzeige es sich somit als unwahr, daß er der Erzeuger des fraglichen Kindes sei.

Anlangend die Frage, welche Bedeutung dieser schriftlichen Erklärung der Klägerin beizumessen sei, so fand das Obergericht:

Es ergebe sich, daß die Klägerin noch unter väterlicher Gewalt stehe und daß sie daher gemäß §. 204 des a. b. G. ohne Einwilligung der Eltern keine gültigen Verpflichtungen eingehen könne, ferner daß auf solche Verpflichtungen nach §. 205 des a. b. G. dasjenige einzuwenden sei, was über die verbindlichen Handlungen der unter Vormundschaft befindlichen Pflegbefohlenen bestimmt werde. Die hierauf bezüglichen §§. 333 und 334 erklären aber Verbindlichkeiten, welche Schutzbefohlene ohne ausdrückliche Befugniß oder ohne Mitwirkung ihres Vormundes abgeschlossen, für unwirksam.

Es erhelle hieraus, daß die Erklärung der Klägerin d. d. 22. März 1854 ohne alle Rechtswirkung sei und daß ihr von daher das Klagrecht gegenüber dem Beklagten und der im §. 240 des a. b. G. vorgesehene Beweis nicht abgesprochen werden könne. U. v. 18. Jenner 1855.

104. Der Alimentationsklage hielt der Beklagte die Einwendung

entgegen: Er sei Luzerner Bürger und müsse deßhalb der Fall, da diese Klage eine Statusklage sei, nach Luzernerschem Gesetz beurtheilt werden.

Klagen auf einen Beitrag an die Verpflegung und Erziehung eines außerehelich geborenen Kindes sind nun aber keine Statusklagen, zumal bei letztern über persönliche Zustände, wie z. B. über Familienangehörigkeit, Bürgerrecht und dergl. verhandelt wird, sondern gestalten sich nach dem bestehenden aargauischen Gesetz als reine Forderungsklagen, bezüglich welcher die Schuldursache (causa debendi) eben darin besteht, daß Jemand außer der Ehe ein Kind erzeugt hat. Es wäre schwer einzusehen, weßhalb einen Luzerner Bürger, der beschuldigt wird, im Aargau eine Angehörige des letztern Kantons geschwängert zu haben, im Falle des geleisteten Klagbeweises nicht diejenigen Folgen seiner Handlung treffen sollten, welche das aargauische Gesetz an eine außereheliche Schwängerung knüpft, zumal sich nach §. 6 des a. b. G. die aargauischen Gesetze auf alle Personen beziehen, welche sich im Gebiete des Kantons Aargau befinden und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind.

Daß aber der Beklagte, als im Aargau sich aufhaltender Eisenbahnangestellter der aargauischen Gerichtsbarkeit überhaupt unterworfen sei, bedarf wohl keines besondern Nachweises. U. v. 4. Juni 1860.

105. In einem Falle stellte der Beklagte unter Hinweisung auf §. 231 des a. b. G. die Schutzbehauptung auf, daß die Klägerin zuvor schon eine reife, eventuell eine unreife Frucht zur Welt gebracht und ersuchte um Gestattung des Beweises dieser seiner Behauptung.

Allein es konnte seinem Begehren in dieser Ausdehnung nicht Folge gegeben werden. Die Unterscheidung zwischen einer reifen und nicht reifen Leibesfrucht im Beweissatz ist unstatthaft. Der Umfang und Inhalt des Beweisthemas ist durch §. 231 des a. b. G. bestimmt, welchem zufolge der Beklagte zu erstellen hat, daß die Klägerin schon früher ein uneheliches Kind geboren habe. In dieser Gesetzesstelle ist einfach von einem außerehelichen Kinde die Rede, einer unreifen Leibesfrucht aber nicht Erwähnung gethan, weßhalb die Beweisführung auf die Behauptung, daß eine solche zur Welt gekommen, sich nicht erstrecken darf. U. v. 20. September 1860.

§§. 234—236.

106. Der Beklagte N. N. beantragte die Verwerfung der Alimentationsklage, Bezug nehmend auf eine von der Klägerin ausgestellte, der Antwort beigelegte Erklärung folgenden Inhalts:

„Die Unterzeichnete erklärt hiemit auf Verlangen des P. W. (des Beklagten), daß sie gegenwärtig im schwangern Zustande sich befinde

und der Urheber der Schwangerschaft ein gewisser J. A. sei." Der Beklagte war der Ansicht, daß diese Erklärung die Klage in doppelter Richtung als eine verwerfliche erscheinen lasse; in erster Linie erblickte er darin den Beweis, daß die Klägerin die Angabe über den Urheber der Schwangerschaft abgeändert, sodann leitete er daraus ein außergerichtliches Geständniß der Klägerin darüber ab, daß sie während dem kritischen Zeitraum mit einer andern Mannsperson als mit ihm Geschlechtsumgang gepflogen habe.

Anlangend diese Vertheidigungsweise, so hat der Richter die Frage, ob eine Abänderung der Angabe der Person des Schwängerers stattgefunden, von Amtswegen zu prüfen. Da aber diese Prüfung vor der Anhörung des Beklagten, auf Grundlage der Klage, vorgenommen wird, so folgt daraus, daß das Gesetz unter der in §. 234, lem. 2 aufgeführten Abänderung blos einen allfälligen Widerspruch zwischen der Klage und dem Auszug aus dem Protokoll des Sittengerichts verstanden wissen will, d. h. den Fall im Auge hat, daß die Klage einen andern um Alimentation belange als denjenigen, den die Klägerin vor Sittengericht der Schwängerung bezüchtigte, ein Verhältniß, das in concreto nicht vorhanden ist.

Nicht günstiger für den Beklagten gestaltet sich die Sachlage, wenn man die schriftliche Erklärung der Klägerin, dem dritten Satz des §. 237 des a. b. G. entgegenhält. Im Fragefall liegt nichts vor, was zur Annahme berechtigt, daß die Klägerin das Geständniß in der bestimmten Absicht abgelegt habe, um dem Beklagten gegenüber auf verbindliche Weise die Wahrheit zu erklären. Die Klägerin war dem Beklagten gegenüber zu einer solchen Erklärung auch gar nicht verpflichtet und kann deßhalb deren Aeußerung auch nicht als verbindliches Geständniß aufgefaßt werden. U. v. 5. September 1868.

107. Ein anderes Mal entgegnete der Beklagte: Die Klägerin habe vor Sittengericht angegeben, es habe die Schwängerung Anfangs Mai 1858 stattgefunden, während ihre Niederkunft am 10. März 1859, also erst nach dem 300. Tage der angegebenen Schwängerungszeit erfolgt sei.

Da nach Mitgabe des §. 234 des a. b. G. eine nach dem 300. Tage der angegebenen Zeit der Schwängerung erfolgte Niederkunft die Klägerin vom Klagrecht verschaltet, so ist zu untersuchen, ob die thatsächliche Voraussetzung dieser Gesetzesvorschrift im Falle als vorhanden betrachtet werden müsse.

Es ist nun nach richtiger, s. g. bürgerlicher Berechnungsweise außer Zweifel, daß der 300. Tag, von der Niederkunft der Klägerin rückwärts

gerechnet, auf den 14. Mai 1858 fällt, denn der Tag der Niederkunft (10. März) kann bei dieser gesetzlichen peremtorischen Frist nicht mitgerechnet werden.

Auch bei andern gesetzlichen Nothfristen wird in gleicher Weise gerechnet. §. 369 der P.O. Das Gesetz geht eben von der Ansicht aus, daß demjenigen, dessen Recht durch den Ablauf der Frist verloren geht, die volle Frist in ihrer ganzen Ausdehnung zu Statten kommen muß.

Ergibt es sich somit, daß der 14. Mai 1858 als der 300. Tag vor der Geburt des Kindes erscheint und hat die Klägerin angegeben, sie sei Anfangs Mai 1858 geschwängert worden, so frägt es sich noch, ob der 14. Mai unter die Begriffsbestimmung „Anfangs Mai" falle, und diese Frage muß bejaht werden.

Von Seite des Beklagten selbst wird behauptet und unter Hinweisung auf die Vorschrift des §. 19 der Wechselordnung darzuthun gesucht, daß als die Mitte eines Monats der 15. Tag desselben zu betrachten sei. Hieraus folgt aber, daß auch nach der Auslegungsweise des Beklagten diejenigen Tage des Mai, welche vor dem 15. (d. h. der Mitte) liegen, in den Anfang des Monats fallen, die Zeitangabe der Klägerin bezüglich ihrer Schwängerung somit keine solche ist, welche den Verlurst ihres Klagrechts zu bewirken vermag. U. v. 10. Juni 1861.

108. So wie es §. 235 des a. b. G. vorschreibt, prüfte das Bezirksgericht eine eingereichte Alimentationsklage von Amtswegen und erklärte, daß ihr keines der in den §§. 231—234 des a. b. G. verzeichneten Hindernisse im Wege stehe und gestattete somit das Klagrecht.

Das Bezirksgericht verwarf dann aber nach geschlossener Parteiverhandlung, mit Rücksicht auf die Thatsache, daß die Niederkunft nach dem 300. Tage der vor Sittengericht angegebenen Zeit der Schwängerung stattgefunden, das Klagbegehren und zwar ohne daß der Beklagte in seiner Vertheidigung auf diesen Grund zur Verwerfung der Klage aufmerksam machte.

Allein dieser Entscheid läßt sich prozeßualisch nicht rechtfertigen. Nach §. 236 des a. b. G. wird, nachdem die Klage als zuläßig erklärt worden, auf dem Wege des bürgerlichen Rechtsstreites und somit nach den Grundsätzen des reinen Verhandlungsprinzips litigirt. Es ist aber (§§. 1 und 88 der P.O.) nicht Aufgabe des Richters, im Parteiverfahren Einwendungsgründe zu erheben, die von den Parteien nicht vorgebracht werden und am allerwenigsten in einem Falle, wie der vorliegende, wo die Amtsthätigkeit des Richters schon bei der Frage über Ertheilung des Klagrechts gewaltet, mit dieser Ertheilung aber auch ihre

Endschaft erreicht hat — freilich unvorgreiflich den nachherigen —, in concreto aber nicht geltend gemachten Einwendungen des Beklagten.

U. v. 1860.

§§. 237—242.

109. Die Einwendung des Beklagten, die so lautet: Die Klägerin habe in der entscheidenden Zeit mit einer andern Mannsperson Geschlechtsumgang gepflogen, ist rechtlich bedeutungslos, weil zu allgemein und unbestimmt angebracht und darf deßhalb dem Beweise nicht unterstellt werden.

Diese Antwortbehauptung enthält nämlich blos das abstrakte Beweisthema ohne Angabe irgend einer thatsächlichen Grundlage, wie §§. 80 und 90 der P.O. dieselbe fordern. Durch die bejahende Antwort der Zeugen würde keine spezielle Thatsache, kein bestimmter, in Zeit, Ort und Person erkennbarer Vorgang, sondern lediglich eine völlig objektlose Behauptung dargethan, so daß auch in der Bestätigung der Einrede der Beweis der Thatsache, die der Beklagte der Klägerin zum Vorwurfe macht, nicht erblickt werden könnte. U. v. 27. April 1860.

110. Dem Beklagten wurde der Beweis der Einrede, daß die Klägerin im Zeitraum vom 180. bis rückwärts zum 300. Tage vor ihrer Niederkunft mit andern Mannspersonen als mit ihm Geschlechtsumgang gepflogen, durch das Mittel des gegnerschen negativen Haupteides gestattet und zwar nach Anleitung des §. 238 der P.O., wornach zum Beweise sei es der Klage oder der Einreden des Beklagten alle Beweismittel nach den in der P.O. für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gegebenen Vorschriften, der Haupteid des Beklagten ausgenommen, zulässig sind.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die Klägerin nach Mitgabe des im §. 240 des a. b. G. angeführten Selbsteides zu schwören hat, daß sie in der erwähnten Zwischenzeit mit keiner andern Mannsperson als mit dem Beklagten Geschlechtsumgang gehabt und daher das Thema des negativen Haupteides dem Wesen nach in demjenigen des Selbsteides enthalten ist. Allein das Gesetz gestattet einmal dem Beklagten zur Erwahrung seiner Einrede das Beweismittel des gegnerschen negativen Haupteides. U. v. 25. März 1863.

111. In der Duplik wurde vom Alimentationsbeklagten geltend gemacht, daß der Klägerin der in §. 240 des a. b. G. vorgeschriebene Eid nicht zu gestatten sei, weil sie dieses Beweismittel nicht in der Klage, sondern erst in der Replik angerufen und sonach nach der Bestimmung des §. 80 der P. O. dasselbe verwirkt habe.

Dieser Vertheidigungsgrund ist aber ein unhaltbarer. Das Gesetz unterscheidet zwischen den ordentlichen Beweismitteln nach den in der P. O. gegebenen Vorschriften (§. 123) und zwischen dem ausnahmsweisen Beweismittel des Nennungseides der Klägerin. Die erstern müssen allerdings nach §. 80 der P. O. schon in der Klage ausführlich benannt werden, wenn von solchen Gebrauch gemacht werden will. Anders verhält es sich mit dem ausnahmsweisen Beweismittel des Nennungseides. Die Prozeßordnung kennt dieses nicht und deren Vorschriften haben auf dasselbe keinen Bezug.

Es ist deßhalb einzig die Vorschrift des §. 239 des a. b. G. maßgebend, wonach auf ihr Verlangen der Klägerin der Nennungseid zu gestatten ist und genügt es also, wenn im Laufe der Streitverhandlung die Gestattung des Eides anbegehrt wird. U. v. 1. August 1859.

§§. 243—248.

112. Nach Vorschrift des §. 243 des a. b. G. hat derjenige, welchem die Leistung eines Betrages an die Kosten der Verpflegung und Erziehung eines außerehelichen Kindes auferlegt wird, wenn er nicht Bürger der Gemeinde der Mutter ist, an das Armengut dieser Gemeinde Fr. 50 bis Fr. 500 zu erlegen. Der zum Alimentationsbeitrag verfällte Beklagte war der Ansicht, daß ihm eine Leistung an das Armengut der Heimathgemeinde der Mutter des Kindes nicht auffalle, weil ein hierauf bezügliches Begehren nicht gestellt worden und die Heimathgemeinde der Mutter einem außerschweiz. Staate angehöre.

Die Praxis hat aber schon längst festgestellt, daß im Falle Obsiegens der Alimentationsklägerin der Beklagte zur Zahlung an die Gemeinde pflichtig erklärt wird, auch wenn ein Ansuchen um Verurtheilung zu einer solchen gar nicht vorliegt.

Auch der Umstand, daß eine außerschweizerische Gemeinde in Frage steht, kann den Beklagten dieser Verbindlichkeit nicht entledigen. Ist die Klägerin zur Klageführung legitimirt und die Klage rechtlich begründet, so hat dann der Beklagte auch die gesetzlich bestimmten Folgen zu übernehmen. U. v. 9. August 1865.

113. Daß der zur Alimentation verurtheilte Beklagte von amtswegen zur Bezahlung eines Beitrages an das Armengut der Heimathgemeinde der Mutter zu verfällen sei, wurde auch unterm 18. Mai 1869 entschieden in Folge eines Rekurses der Heimathgemeinde gegen das bezirksgerichtliche Urtheil, welches von der Klägerin selbst nicht weiter gezogen worden.

114. Das Amtsgericht von Bern verurtheilte am 21. Okt. 1863 einen daselbst wohnenden Bürger aus dem Kanton Aargau zur Leistung eines Beitrages an die Kosten der Verpflegung und Erziehung eines von einer ebenfalls in Bern befindlichen Weibsperson außerehelich gebornen Kindes.

Im Jahr 1864 verehelichte sich der Vater des Kindes mit dessen Mutter und forderte, indem er darauf hinwies, daß das Kind durch nachfolgende Ehe die Rechte eines ehelichen Kindes erlangt habe, die Eintragung des letztern in das Bürgerverzeichniß seiner Heimathgemeinde. Diesem Begehren des Vaters trat die Heimathgemeinde mit dem Einwenden entgegen, daß die im Kanton Bern erfolgte Verurtheilung des Vaters zur Alimentation des unehelichen Kindes im Aargau keine rechtliche Wirkung habe, weil nur der aarg. Richter zum Erlaß eines solchen Erkenntnisses kompetent sei und daß somit die Voraussetzung fehle, von welcher nach aarg. Recht die Legitimation durch nachfolgende Ehe bedingt werde.

Die Kompetenz des Bern'schen Gerichts kann nun aber im Falle nicht in Zweifel gezogen werden, nicht so sehr deßwegen, weil der Kläger dieselbe nicht beanstandet, als vielmehr deßhalb, weil nach §. 50 der Bundesverfassung (der dem §. 230 des a. b. G. entgegensteht) persönliche Ansprachen beim Gerichte des Domizils des Schuldners einzuklagen sind und die Alimentationsklage in der That eine solche Ansprache, eine Forderung, zu ihrem Gegenstande hat.

Das Gericht von Bern erscheint daher als die zuständige Amtsstelle und muß demgemäß das Urtheil in der ganzen Schweiz anerkannt und vollzogen werden. Die Bedingung, an welche die Legitimation des außerehelichen Kindes geknüpft wird, ist daher wirklich zutreffend und das Kind in den Bürgerverband der Heimathgemeinde des Vaters aufzunehmen. U. v. 12. März 1866.

115. Uneheliche Kinder erhoben im Jahr 1866 gegen ihre Mutter, sowie gegen W. B., mit dem sich dieselbe verehelicht, eine Klage mit dem Schlußbegehren, es sei zu erkennen, daß sie durch die Verehelichung der Beklagten im Sinne des §. 246 des a. b. G. die Rechte ehelich geborner Kinder erlangt haben. — Die Kläger wiesen nämlich darauf hin, daß der Ehemann ihrer Mutter durch das Gericht Saanen, Kts. Bern, zur Leistung eines Beitrages an die Kosten ihrer Verpflegung und Erziehung verurtheilt worden sei.

Gegen dieses Klagbegehren trat nun aber die Heimathgemeinde des W. B. mit einer Hauptinterventionsklage auf, indem sie verlangte, die Klage der fragl. Kinder sei zu verwerfen, eventuell, es sei auszusprechen,

daß dieselben die Rechte ehelicher Kinder nicht erlangt haben, die Gemeinde somit auch nicht schuldig sei, sie als Bürger anzuerkennen.

Der Gemeinde wurde vor allem das Recht zur Hauptinterventionsklage widersprochen, allein mit Ungrund.

§. 31 der P. O. räumt einem Dritten das Recht ein, in einem zwischen andern anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen, falls er ein selbstständiges, mit der Hauptsache in solcher Verbindung stehendes Interesse behauptet und bescheinigt, daß ihm ohne seine Einmischung aus der Fortsetzung des Rechtsstreites Nachtheil erwachsen würde. Offenbar ist für die intervenirende Gemeinde ein derartiges Interesse vorhanden, indem durch den Zuspruch des Begehrens der Kläger zugleich entschieden würde, daß die intervenirende Gemeinde die letztern als Bürger anzuerkennen habe.

Anlangend die streitige Frage selbst, so sagt der Befund unter Anderm: Es liege ein Urtheil des Amtsgerichts Saanen vor, welches dem beklagten Ehemann die Pflicht zur Alimentation der erwähnten Kinder auferlege. Es ergebe sich aber aus den Akten deutlich, daß der Alimentationsprozeß (den die beklagte Mutter bei ihrem Heimathgericht Saanen anhängig gemacht) nur zu dem Zweck angehoben worden, damit mit Hintansetzung der aarg. Gesetze und Gerichte dasjenige erreicht werde, was auf dem geraden Wege Rechtens nach Mitgabe der Bestimmungen des a. b. G. zu erreichen unmöglich gewesen wäre. Es sei nämlich das Urtheil des Amtsgerichts Saanen erst ausgefällt worden, nachdem die Verehelichung des W. B. mit der Mutter der unehelichen Kinder stattgefunden.

Dann sei aber das Amtsgericht Saanen gar nicht kompetent gewesen, da W. B. in Mailand und nicht in Saanen gewohnt habe. Allerdings habe sich der letztere dem dortigen Gericht freiwillig unterzogen, allein der aarg. Richter könne, da Rechte Dritter, der Gemeinde Menziken, in Betracht kommen, nicht gehalten sein, bei der Legitimationsfrage den Ausspruch eines gewillkürten Gerichts zu berücksichtigen. U. v. 31. Oktober 1867.

116. Das Gesetz betreffend Legitimation außerehelicher Kinder v. 23. Mai 1867, wodurch §. 246 des a. b. G. aufgehoben worden, bestimmt in §. 1, daß dieselben durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern die Rechte ehelicher Geburt erhalten und auf das Begehren eines der Betheiligten in das Ortsbürgerregister seiner Heimathgemeinde einzutragen seien. Nachdem auf Verlangen des Ehemannes eine solche Eintragung stattgefunden und der Gemeinderath gegen die Vaterschaft innert offener Frist Einsprache erhoben, wurde darüber gestritten, wem — ob dem ein-

sprechenden Gemeinderath oder dem Ehemanne, der die Eintragung nachgesucht — die Klägerrolle auffalle.

Frägt man nun, wer Stoff zur Klage und Ursache habe, als Kläger vor Gericht zu treten, so ist dies jedenfalls nicht der Vater des unehelichen Kindes, denn seine Stellung ist im Gesetz geregelt und begünstigt, offenbar ist es die des Besitzenden. Hat der Gemeinderath gegen die Eintragung des Kindes in das Ortsbürgerregister Einspruch erhoben, so liegt es ihm auch ob, diesen Einspruch auf dem Wege der Klage zu begründen, denn es könnte wohl nicht abgesehen werden, was der Vater des Kindes nach bereits erfolgter Eintragung klagend vorbringen sollte. Es greift eben hier das gleiche Verfahren Platz, welches bei Eheeinsprüchen zur Anwendung kommt. Wie in den Eheeinspruchsfällen die Gemeindebehörde den Einspruch gegen die Ehe zu begründen und als klagender Theil aufzutreten hat, so ist dies auch bei Einsprüchen gegen die Legitimation unehelicher Kinder der Fall. U. v. 3. Nov. 1868.

Viertes Hauptstück.

Von der Vormundschaft.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

§§. 249—258.

Durch das Gesetz über Organisation der Bezirksämter vom 16. März 1854 wurde die Leitung des Vormundschaftswesens diesen Amtsstellen und die Oberaufsichts- und Entscheidungsbefugniß dem tit. Regierungsrath übertragen.

Entscheidungen über Bevormundung und Entvormundung Volljähriger blieben den richterlichen Behörden überlassen.

Die Urtheile, welche im Hauptstück über die Vormundschaft sich aufgenommen finden, sind daher nicht zahlreich, weil es eben nur solche sein können, welche die der Kompetenz der Gerichte überlassenen Materien betreffen, sowie solche, welche Streitigkeiten zum Gegenstande haben, die zwar ein vormundschaftliches Verhältniß berühren, gleichwohl aber außerhalb dem Rahmen der Vormundschaftsverwaltung liegen und auf dem ordentlichen Rechtswege zu erledigen sind.

117. Es ist unstatthaft, daß ein gesetzlicher Vertreter (Vormund, Pfleger) ohne Zustimmung seines Pflegbefohlenen sich einer gegen den letztern gerichteten Ehescheidungsklage unterziehe und auf diese Weise die Trennung der Ehe seines Pflegbefohlenen gegen den bestimmt ausgesprochenen Willen des letztern durchsetze.

Nach einer wohlbegründeten, weil durch die Natur der Sache gerechtfertigten Unterscheidung hört die unbeschränkte Verfügungsgewalt des Vertreters da auf, wo es sich um rein persönliche Verhältnisse und Rechte des Pflegbefohlenen — wie Fortbestand oder Trennung der Ehe — handelt. Die Ansicht, daß zunächst der Wille eines Vormundes, ja dieser allein zu entscheiden habe, ob die Ehe des Pflegbefohlenen aufzulösen sei oder nicht, widerspricht nicht nur dem natürlichen Rechtsgefühl, sondern ist auch unvereinbar mit dem Begriff und Wesen der Ehe, welche eine unter dem besonderen Schutze des Staates und Gesetzes stehende Lebensgemeinschaft der Ehegatten begründet, die von der Vormundschaft nicht berührt wird. Würde ein Pflegbefohlener, selbst wenn er noch im Alter der Minderjährigkeit stünde, wegen eines Vergehens gerichtlich belangt und dessen Bestrafung verlangt, so würde die Erklärung seines Vertreters, daß er auf jede Untersuchung über den Thatbestand verzichte und sich ohne Weiteres dem Klagbegehren unterziehe, von dem Gerichte nicht berücksichtigt werden, wenn der Pflegbefohlene in dieser rein persönlichen Angelegenheit andern Sinnes wäre, die Klagebehauptungen verneinen und die Klage bestreiten wollte. Die gleiche Anschauung muß in noch höherem Maße zur Geltung gelangen, wenn es sich um Trennung der Ehe handelt.

Der Einwurf, daß hier nicht allein persönliche Rechte, sondern connexe Vermögensverhältnisse in Frage seien, verdient kein entscheidendes Gewicht, indem den letztern — neben der Hauptsache, der Frage über die Ehescheidung — nur eine untergeordnete und accessorische Bedeutung zugestanden werden kann. U. v. 22. Okt. 1869.

118. Gemäß §§. 253, 275 und 276 des a. b. G. kommen in Bezug auf die Vermögensverwaltung und die Rechtsfähigkeit des Pflegbefohlenen (außer den in den §§. 251 und 252 des a. b. G. genannten Unterschieden) alle Bestimmungen zur Anwendung, die für die Vormundschaft Geltung haben; Pfleger und Vormund haben in dieser Hinsicht gleiche Rechte und Pflichten.

Zufolge §. 334 ist somit auch jeder Vertrag, welchen ein Pflegling ohne ausdrückliche Befugniß oder ohne Mitwirkung seines Pflegers abgeschlossen, für ihn unverbindlich und das, was er in Folge dessen bereits geleistet, kann durch den Pfleger zurückverlangt werden. Der Pfleger, dem die Verwaltung des Vermögens des Pfleglings obliegt, hat zunächst dafür zu sorgen, daß dasselbe nicht verloren gehe. Die Pflegschaft wäre nun aber rein illusorisch und ihr Zweck nicht erreichbar, wenn der Pflegling eigenmächtig und von sich aus Verträge abschließen und sich dadurch verpflichten könnte.

Ein ohne Mitwirkung des Pflegers gemachtes Zahlungsversprechen des Schutzbefohlenen (um ein solches handelte es sich im Fragefalle) ist daher als nichtig und wirkungslos anzusehen. U. v. 23. Sept. 1859.*

* Nach §. 926 dürfen volljährige Bevormundete nur vor Gericht eine letzte Willensverordnung errichten.

Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf solche, die unter Pflegschaft sich befinden. Siehe Nr. 404.

Zweiter Abschnitt.

Von der Entstehung der Vormundschaft.

§§. 259—295.

119. Ein im Sinne von §. 261 gegen J. A. B. wegen angeblicher Geistesschwäche eingereichtes Bevormundungsgesuch erforderte eine ärztliche Expertise über den Geisteszustand des Beklagten.

Das von den Aerzten erstattete Gutachten lautet dahin: „Der Beklagte, obschon hochbetagt, ist körperlich und geistig noch rüstig, nicht geistesschwach, im Gegentheil ist er noch wohl im Stande und fähig, seine eigenen Vermögensangelegenheiten selbst zu besorgen." Nachdem auf Grund dieses Gutachtens das Bezirksgericht das Bevormundungsbegehren abgewiesen, machte der gegen das gerichtliche Erkenntniß rekurrirende Klagetheil die Ansicht geltend: Allerdings habe der Richter die geistige Beschaffenheit des Beklagten ärztlich untersuchen zu lassen, aber auch er, der Richter, habe das Benehmen und die Handlungsweise des Beklagten einer Prüfung zu unterwerfen; daß nun das Ergebniß der Untersuchung der Aerzte und dasjenige der Prüfung des Richters zusammentreffen und miteinander übereinstimmen müssen, sei im Gesetze nicht vorgeschrieben. Es müsse genügen, wenn sich der Richter vom Dasein der Geistesschwäche, sei es auf die oder jene Art, überzeuge.

Wer jedoch mit unbefangenem Auge den §. 261 des a. b. G. betrachtet, kann der Argumentation des Rekurrenten nicht beipflichten; es läßt derselbe keinen Zweifel, daß richterliche Thätigkeit und ärztliche Untersuchung neben einander stattfinden müssen. Es ist aber dem Richter nicht gestattet, mag die von ihm selbst gepflogene Untersuchung ihm diese oder jene Ansicht beigebracht haben, sich willkürlich über den Befund der gesetzlich bezeichneten Sachverständigen hinwegzusetzen, denn es kann nicht die Absicht eines vernünftigen Gesetzes sein, den Richter in eine solche Zwiespältigkeit zu versetzen. Auch würde die vom Rekurrenten

verfochtene Ansicht mit §. 216 der P. O. unvereinbar sein, nach welchem das übereinstimmende Gutachten zweier Sachverständigen einen vollständigen Beweis ausmacht. U. v. 3. Juni 1870.

120. Meinrad Brunner von Benzenschwil hatte dem Kaspar Wiederkehr von Spreitenbach im August 1855 sein Haus nebst andern Liegenschaften um Fr. 13,000 abgekauft und auf Erfüllung des Vertrages von Seite des Verkäufers resp. auf Zufertigung Klage geführt.

Der gesetzliche Vertreter des Kaspar Wiederkehr, über welch letztern bald darauf, durch obergerichtliches Urtheil d. d. 15. Oktober 1855, die Vormundschaft verhängt worden, weigerte sich, zur fragl. Fertigung Hand zu bieten; er behauptete nämlich: Der Kläger habe zur Zeit des Kaufsabschlusses gewußt, daß ein Bevormundungsantrag gegen den Verkäufer, Kaspar Wiederkehr, beim Bezirksgericht eingereicht worden oder gar schon ein erstinstanzliches Urtheil auf Bevormundung bestehe und man habe damals nur deßwegen kontrahirt, um dem Bevormundungsurtheil zuvorzukommen; diese Thatsachen rechtfertigen gegenüber dem Kläger die Einrede der Arglist (exceptio doli).

Dieser Einrede wurde jedoch kein Gewicht beigemessen. Der Beklagte behauptete nämlich nicht, daß der Verkäufer vom Kläger durch arglistige Vorstellungen, sei es in Aussicht auf eine mögliche Bevormundung und die Folgen derselben, sei es in irgend einer andern Weise, oder durch Täuschung veranlaßt worden, seine Einwilligung zum Kaufvertrag zu geben (§. 624 des a. b. G.), er gestand gegentheils, daß Verkäufer und Käufer bezüglich der Einwilligung zum Vertrage im besten Einvernehmen gestanden. Vor dem wirklichen Eintritt der Bevormundung konnte der Kaufvertrag gültig eingegangen werden, so daß die Kenntniß von Verhandlungen, welche auf die Einstellung des Beklagten in seiner freien Willensbestimmung abzielten, also dessen persönliche Fähigkeit zu Rechtsgeschäften erst für die Zukunft aufzuheben oder zu beschränken bezweckten, den Vorwurf der Arglist im rechtlichen Sinne nicht zu begründen vermöchte.

Die Bevormundung ist nun durch obergerichtliches Urtheil vom 15. Weinmonat 1855 erkannt worden. Nur eine gehörig kundgemachte Verfügung des Richters hat die Folge, daß sich Niemand mit der Unkenntniß derselben entschuldigen kann (§. 5 des a. b. G.). Vorherige einleitende Verhandlungen und selbst ein untergerichtliches, nicht in Rechtskraft erwachsenes, demnach auch nicht kundgemachtes Bevormundungserkenntniß haben keine rechtlichen Folgen nach sich gezogen, nachdem eine provisorische Verfügung im Sinne des §. 275 des a. b. G. nicht getroffen worden. U. v. 29. Jenner 1857.

121. Das Verfahren über die Frage, ob jemand als Verschwender zu erklären sei, ist mündlich und hat das Gericht über die beanzeigten Thatsachen, sowie überhaupt über den Charakter, die Lebensweise und Geschäftsführung des Beanzeigten von amtswegen Erkundigungen einzuziehen.

In einem Falle, in dem man wie in einem Civilprozeß eine schriftliche Prozedur mit Editionsbegehren, Klage, Antwort, Replik und Duplik angelegt, wurden Urtheil und Verfahren als gesetzwidrig aufgehoben.

U. v. 4. April 1866.

122. In Rechtsgeschäften, welche zwischen Eltern und den unter ihrer Gewalt stehenden Kindern abgeschlossen werden sollen, ist für die letztern ein Pfleger zu ernennen. Vgl. Nr. 87.

123. Einer unverehelichten Weibsperson, die sich schwanger befindet, soll zufolge §. 270 des a. b. G. ein Pfleger bestellt werden. In Nr. 94 ist die rechtliche Bedeutung dieses Pflegers dargestellt.

124. Mit dem in §. 271 enthaltenen Begriff der Pflegschaft, welcher Abwesende zu unterstellen sind, vgl. Nr. 22.

125. Wird in Folge des Gesuches, daß über einen Volljährigen im Sinne des §. 261. des a. b. G. die Bevormundung verhängt werde, vom Gericht vorläufig beschlossen, daß demselben die Verfügungsgewalt über sein Vermögen entzogen sei, so ist gegen diesen Beschluß das Rechtsmittel des Rekurses nicht anwendbar.

Nach §. 275 des a. b. G. kann das Gericht, wenn ein Volljähriger bevormundet werden soll, in dringenden Fällen schon während der Untersuchung zur Sicherung des Vermögens eine vorsorgliche Verfügung treffen. Durch diese Gesetzesvorschrift ist dem Bezirksgericht anheim gegeben, das Nöthige vorzukehren, daß das Vermögen, dessen Erhaltung durch die Bevormundung erzweckt werden will, auch während der Dauer des Prozesses gesichert bleibe. In der Regel wird zu diesem Behufe das Mittel der Einstellung des zu Bevormundenden in der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen gewählt, damit derselbe nicht durch während der Untersuchung getroffene Verfügungen den einzigen Zweck des Bevormundungsprozesses vereiteln kann.

Die ganze Fassung und der offenbare Zweck der angeführten Gesetzesvorschrift bringt es mit sich, daß die Behörde, bei welcher die Bevormundung anbegehrt wird, bei Erlaß der das Vermögen sichernden vorsorglichen Verfügungen freie Hand haben müsse und es folgt hieraus

mit Nothwendigkeit, daß solche nur für die Dauer des Prozesses nothwendig erfundene Vorkehren eines Bezirksgerichts gar nicht auf dem Rekurswege weiter gezogen werden können, ansonst der angeführte §. 275 alle Bedeutung verlieren würde. U. v. 24. August 1869.

126. Die Schuldverpflichtung für Fr. 60, welche P. J. am 8. Hornung 1850 ausgestellt, wurde vom Bezirksgericht als rechtsgültig und verbindlich angesehen, obschon über den Schuldner schon am 8. März 1849 die Pflegschaft verhängt worden und der Pfleger bei Errichtung der Schuldurkunde nicht mitgewirkt hatte.

Die Erwägungsgründe des Bezirksgerichts lauten dahin, daß die über den Schuldner verhängte Pflegschaft rechtlich wirkungslos sei, weil sie nie zur öffentlichen Kenntniß gebracht worden, sonach der Schuldschein als gültig und für den Aussteller verbindlich betrachtet werden müsse.

Das Gericht ging bei dieser Erwägung von der Ansicht aus, es sei nach §. 276 des a. b. G. die über einen Volljährigen verhängte Pflegschaft rechtlich erst mit der vorgeschriebenen Veröffentlichung derselben gültig und könne der Mangel der öffentlichen Bekanntmachung der Pflegschaft durch sonstige Kenntnißnahme derselben nicht ersetzt werden. Diese Ansicht ist jedoch nicht haltbar. Allerdings verordnet §. 276 des a. b. G., daß in allen Fällen, in welchen einem Volljährigen ein Vormund oder Pfleger geordnet wird, die gerichtliche Schlußnahme öffentlich bekannt gemacht werden müsse, allein nirgends wird ausgesprochen, daß an die Unterlassung dieser Bekanntmachung die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Pflegschaft geknüpft sei; letztere besteht gleichwohl zu Recht und ist die Aufstellung der Pflegschaft nicht in der Weise von deren Veröffentlichung abhängig, daß jene erst durch diese rechtsbeständig wird.

Die Unterlassung der Publikation kann wohl nur da ihre Bedeutung haben, wo die Curatel nicht auf andere Weise bekannt geworden. Es wurde daher der vom Schuldner beantragte Beweis, daß der Forderer zur Zeit der Errichtung des Schuldvertrages von der über ihn, den Schuldner, verhängten Pflegschaft Kenntniß besessen habe, als erheblich betrachtet. U. v. 26. Jenner 1852.

127. Zwei im Kanton St. Gallen heimathberechtigte, aber in einer Gemeinde des Kantons Aargau niedergelassene Brüder hatten beim aarg. Richter angebracht, daß der bei ihnen wohnende dritte Bruder wegen Geistesschwäche unfähig geworden, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen und daher der Fall der Bevormundung desselben eingetreten

sei. Das Bezirksgericht hatte hierauf, nach geschehener Einvernahme des letztern, beschlossen:

1. derselbe sei bis zur Erledigung des gegen ihn gestellten Bevormundungsbegehrens in der Verfügungsgewalt über sein Vermögen eingestellt;
2. sei im Sinne des §. 261 des a. b. G. eine ärztliche Untersuchung seines Geisteszustandes zu veranstalten;
3. sei seiner Heimathbehörde hievon Kenntniß zu geben und seien deren Verfügungen abzuwarten.

Das Bezirksgericht hatte hiebei den §. 283 des a. b. G. im Auge, welcher lautet: „Jede Vormundschaftsbehörde soll auch von amtswegen für solche Personen sorgen, welche an dem Orte bloß ihren Wohnsitz haben und den vorgekommenen Fall der zuständigen Behörde ihres Heimathortes sogleich anzeigen." Daß unter den Personen, welche an dem Orte bloß ihren Wohnsitz haben, nicht nur die Angehörigen des eigenen Kantons zu verstehen seien, sondern auch solche anderer Kantone in der Eidgenossenschaft und des Auslandes, geht aus §. 6 des a. b. G. hervor. Bezüglich auf die letztere Bestimmung besteht in Ansehung der Angehörigen des Kantons St. Gallen keine Ausnahme, wie sie etwa durch ein Konkordat statuirt werden könnte. Hieraus muß aber gefolgert werden, daß das aarg. Bezirksgericht, da der Beklagte seinen Wohnsitz unbestritten im Kanton Aargau hatte, zu dem befugt und kompetent gewesen, was die in §. 283 erwähnte Obsorge in sich schließt.

Der erste Theil des Dispositivs, die Einstellung in der Verfügungsgewalt über das Vermögen, findet sich demnach durch die angeführten Gesetzesstellen vollkommen gerechtfertigt; es handelt sich um eine provisorische Verfügung, welche der Richter von amtswegen zu erlassen hat. Aber hiemit und mit der sofortigen Anzeige an die zuständige Behörde des Heimathortes hatte für einmal die Amtsthätigkeit der Vormundschaftsbehörde aufzuhören; es ist eben §. 284 des a. b. G. nicht außer Acht zu lassen, weßhalb Dispositiv Nr. 2 als voreilig aufgehoben wurde. U. v. 24. Jenner 1861.

Vierter Abschnitt.

Von der Führung der Vormundschaft.

§§. 313—351.

128. Es wurde die Frage streitig, ob ein Vergleich über eine streitige Forderung von Fr. 435, welchen ein Vormund Namens seines

Mündels abgeschlossen hatte, ohne die waisenamtliche Genehmigung dafür einzuholen, rechtsgültig sei, d. h. den Mündel gegenüber dem Mitkontrahenten verpflichte. Bei Prüfung dieser Frage kam man zu folgenden Ergebnissen:

Nach §. 313 des a. b. G. sei der Vormund als Bevollmächtigter des Staates anzusehen und als solcher verpflichtet, sich bei Führung seines Amtes nach den Vorschriften der Gesetze und den besondern Anweisungen der Vormundschaftsbehörde sorgfältig zu benehmen. (§. 314.) Die Vollmacht des Vormundes sei also keine unbedingte, sondern eine durch die Gesetze und die Weisungen der Behörde begrenzte. Aus diesem Vollmachtsverhältniß folge aber nach bekannten Grundsätzen, daß der Vormund nur insoweit für seinen Mündel Verbindlichkeiten begründen könne, als er innerhalb der Schranken seiner Befugnisse handle. Nun besage schon der §. 316, daß der Vormund insbesondere kein Geschäft vornehmen könne, welches nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehöre. Daß aber ein Vergleich, der einen Verzicht auf eine Forderung von Fr. 435 involvire, zumal bei den Vermögensverhältnissen des Mündels, in concreto nicht als ein in den Bereich des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes gehörendes Geschäft qualifizirt werden könne, bedürfe keiner weitern Erörterung.

Es besage aber auch ferner der §. 317, daß der Vormund ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde keine Forderung abtreten dürfe und nach §. 349 könne der Vormund ohne Bewilligung der Vormundschaftsbehörde nicht einmal ein Kapital der Schutzbefohlenen, wenn es zurückbezahlt werde, in Empfang nehmen. Insbesondere schreibe der §. 332 vor, daß der Vormund sich für die Schutzbefohlenen ohne Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde weder vor Gericht in einen Rechtsstreit einlassen, noch einen solchen außergerichtlich vergleichen dürfe. Aus all' diesen Bestimmungen erhelle, daß der Vormund ohne waisenamtliche Autorisation einen endgültigen Vergleich über eine streitige Forderung von Fr. 435 abzuschließen nicht befugt sei, und wenn er ohne jene Genehmigung einen solchen Vertrag eingehe, dieser, als außer dem Vollmachtsgebiete abgeschlossen, für den Bevormundeten keine Verbindlichkeit begründe.

Die Ansicht, daß der Vormund, wenn er ein Geschäft definitiv abschließe, sofort den Bevormundeten verpflichte, dem Mündel aber persönlich verantwortlich bleibe, sei nicht haltbar. Es ergebe sich, wie oben schon nachgewiesen, aus der rechtlichen Stellung des Vormundes als eines Bevollmächtigten, daß wenn er die Vollmacht überschreite, ihm möglicherweise persönliche Verpflichtungen gegen Dritte erwachsen dürften, nicht aber Verbindlichkeiten für den Mündel begründet werden. Der

§. 318 des a. b. G., auf den man sich zur Befestigung jener Ansicht berufe, sei nicht geeignet, dieselbe zu unterstützen. Wenn er dahin laute, daß durch die Einholung und Befolgung der Vorschriften der Vormundschaftsbehörde der Vormund wegen ihrer Folgen jeder Verantwortlichkeit enthoben werde, so folge daraus keineswegs, daß, wenn er ein wichtiges Geschäft unbefugt abschließe, dieses Geschäft für den Mündel verbindlich sei, sondern blos, daß er in diesem Falle die Folgen zu übernehmen habe. Aus dem Verhältniß des zitirten Paragraphen zu den unmittelbar vorangehenden und nachfolgenden Bestimmungen des Gesetzes ergebe sich, daß derselbe sich lediglich auf die Stellung des Vormundes zur Vormundschaftsbehörde beziehe. Endlich gerathe jene Anschauung mit dem Sinn und Geist des Vormundschaftsgesetzes in offenbaren Widerspruch. Wenn der Zweck der Vormundschaft, die Person und das Vermögen des Bevormundeten zu schützen, erreicht werden solle, so könne es unmöglich in der Befugniß des Vormundes liegen, auf seine bloße Verantwortlichkeit hin den Mündel beliebig zu verpflichten; jene Verantwortlichkeit würde in vielen Fällen nicht hinreichen, den dem Mündel erwachsenen Schaden zu decken.

Eine ersprießliche Sicherung der Interessen des Bevormundeten sei nur dann gedenkbar, wenn die Verfügungsgewalt des Vormundes in diejenigen Schranken gezogen werde, welche der §. 317 lemma 1 aufgestellt, und wenn er diese Schranken überschreite, es auf seine eigene Gefahr, nicht auf diejenige des Mündels geschehe. U. v. 22. April 1865.

129. Dominik Waldesbühl von Ballwil, Kantons Luzern, belangte den Joh. Keller in Bremgarten aus dem Kanton Zürich und dessen Mutter Elisabeth Keller um Bezahlung einer Forderung von Fr. 361. 65, die er aus einem Verkehr mit Strohgeflecht herleitete, den er mit den Beklagten im Jahr 1853 gepflogen haben will.

Johann Keller entgegnete, daß er am 20. Jänner 1833 geboren, folglich noch minderjährig sei und er deßhalb keine rechtlichen Verbindlichkeiten habe übernehmen können. — Das Streitverhältniß, insoweit es die Mutter betrifft, kommt hier nicht in Betracht, indem es keinerlei juristisches Interesse bietet.

Die Einwendung des Johann Keller wurde folgendermaßen beurtheilt: Der Klage gegen den Sohn Keller, welcher, als im Jenner 1833 geboren, das Alter der Volljährigkeit nach aargauischen Gesetzen noch nicht erreicht habe, würden — wenn Keller aargauischer Bürger wäre — allerdings die Einrede der Minderjährigkeit und die Vorschriften der §§. 333 und 334 des a. b. G. entgegenstehen. Allein der Beklagte sei Angehöriger des Kantons Zürich und deßwegen §. 9 des a. b. G. maß-

gebend, dem gemäß in Uebereinstimmung mit allgemeinen in der Eidgenossenschaft geltenden Grundsätzen die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften insgemein nach den Gesetzen ihrer Heimath zu beurtheilen sei.

In welchem Alter aber die Volljährigkeit im Kanton Zürich beginne, sei der aargauische Richter von Amtswegen zu wissen nicht censirt. Weder der Kläger noch der Beklagte habe gefunden in dieser Beziehung einen Nachweis zu leisten; dem letztern wäre es aber obgelegen, den Beweis seiner Einrede zu führen und folglich nachzuweisen, nicht bloß, daß er im Jenner 1833 geboren sei und erst das 20. Altersjahr zurückgelegt, sondern daß er wirklich zur Zeit des angeblichen Handelsverkehrs mit dem Kläger nach den Gesetzen seines Heimathkantons das Alter der Volljährigkeit noch nicht erreicht gehabt habe. Die erste Thatsache gestatte noch keinen Schluß auf das Vorhandensein der letztern; auch komme dem Beklagten keine auf die aargauische Gesetzgebung gegründete Vermuthung für das Alter der Minderjährigkeit zu statten, indem in Bezug auf diesen Gegenstand bekanntlich keine allgemein gültige Regel bestehe, die Gesetze der verschiedenen Kantone sehr abweichende Bestimmungen enthielten und in mehrern die Volljährigkeit oder wenigstens eine beschränkte Fähigkeit zu Eingehung von Rechtsgeschäften vor dem zurückgelegten 24. Altersjahr eintrete. Es sei daher nicht anzunehmen, daß der beklagte Johann Keller den Beweis der behaupteten und klägerischerseits verneinten Minderjährigkeit in rechtsgenüglicher Weise erbracht habe. U. v. 13. Februar 1855.

130. Gegen eine Weibsperson, welche eine schriftliche Anerkennung ausstellte, daß sie für empfangene Waaren Fr. 662 schuldig geworden, welche aber zur Zeit der Ausstellung der Schuldanerkennung erst 18 Jahre alt gewesen, wurde eine Beschlagnahme erwirkt und alsdann vor dem Richter das Begehren angebracht, daß dieselbe als gerechtfertigt erklärt werden möchte.

Das Begehren erschien aber als gesetzwidrig, es fehlte die Bescheinigung des Daseins einer rechtsbeständigen Forderung. Nach §. 333 des a. b. G. kann nämlich eine minderjährige Person weder etwas von dem Ihrigen veräußern, noch eine Verpflichtung auf sich nehmen und §. 334 bezeichnet jeden Vertrag, den eine solche Person ohne ausdrückliche Befugniß oder Einwilligung des Vormundes abgeschlossen, für sie als unverbindlich. Deßhalb hatte denn auch die Erklärung der Beklagten, daß sie die Waare empfangen und die Rechnung richtig sei, eine rechtsbeständige Forderung des Klägers nicht begründen können. U. v. 17. Mai 1861.

131. Joh. Läuchli von Villnachern belangte den J. J. Hartmann, als Vormund des Gottfried Meier von Hausen um einen Betrag von Fr. 241.

Der Kläger gründete seine Forderung auf die unbestrittene Thatsache, daß Gottfried Meier vom 10. August 1868 bis 10. Dezember 1869 bei ihm Kost und Logis bezogen habe und auf die Behauptung, daß er ihm wöchentlich einen Betrag von Fr. 3. 50, im Ganzen also Fr. 241 schuldig geworden.

Gottfried Meier stand nun aber schon zur Zeit des Eintritts in das Haus des Klägers unter der Vormundschaft des gegenwärtigen Beklagten. Nach §. 333 des a. b. G. wäre selbst ein Versprechen des Schutzbefohlenen, welches aber vom Kläger nicht behauptet wird, nicht hinreichend gewesen, eine Verbindlichkeit desselben zur Entrichtung eines Kostgeldes zu rechtfertigen, sondern es hätte eine solche Verpflichtung nur mit Einwilligung des Vormundes begründet werden können.

Der Kläger glaubt aber dieser Einwilligung von Seite des Vormundes deßhalb überhoben gewesen zu sein, weil Kost und Logis zu den unabweislichen Lebensbedürfnissen gehören, die für den Pflegbefohlenen unter allen Umständen hätten bestritten werden müssen. Allein wenn man das erstere auch zugeben kann, so war es gleichwohl Aufgabe des Klägers, sich mit dem Vormunde ins Einverständniß zu setzen und dessen Zustimmung zu erwirken, wenn er den Gottfried Meier, seinen Verwandten, nicht unentgeltlich in sein Haus aufnehmen wollte. Eine Rechtsprechung, wie sie der Kläger verlangt, würde die Vorschriften der §§. 333 und 334 des a. b. G. untergraben; der Richter hätte jeweils zu untersuchen, ob eine Einwilligung des Vormundes zu Begründung einer Verbindlichkeit des Pflegbefohlenen erforderlich gewesen sei, während der Zweck und Wortlaut der §§. 333 und 334 deutlich genug dahin gehen, daß die Mitwirkung des Vormundes unter keinen Umständen umgangen werden dürfe.

Aber auch der vom Kläger herbeigezogene §. 773 des a. b. G. dient ihm nicht zum Rechtsbehelf. Diese Vorschrift, die denjenigen, welcher ohne Auftrag das Geschäft eines andern besorgt, um ihn vor einem wahrscheinlichen Schaden zu wahren, berechtigt, den Ersatz des nothwendigen oder nützlichen Aufwandes zu verlangen, hat ganz andere Verhältnisse im Auge. Von Anwendung dieser Gesetzesbestimmung könnte nur dann allenfalls die Rede sein, wenn der bevormundete Gottfried Meier ohne Dazwischenkunft des Klägers dem Hunger und dem Elend preisgegeben gewesen wäre. U. v. 30. Mai 1871.*

* Bezüglich der Verträge der Schutzbefohlenen siehe auch Nr. 103.

132. Als einer bevormundeten Familie verschiedene Leistungen zu ihrem Lebensunterhalt und zur Befriedigung anderer Haushaltungsbedürfnisse gemacht worden, wurde der Vormund um Bezahlung der dafür ausgestellten Rechnung eingeklagt. Der letztere berief sich unter Geltendmachung noch anderer Vertheidigungsgründe auf §. 334 des a. b. G., wonach der Bevormundete ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, die im Falle weder nachgesucht, noch ertheilt worden, keine Schulden contrahiren, resp. keine Verpflichtung auf sich nehmen dürfe.

Der aus §. 334 abgeleitete Vertheidigungsgrund ist aber im Falle von keinem Gewicht. Es handelt sich nämlich um Leistungen des Klägers zum nothwendigen täglichen Lebensunterhalt der bevormundeten Familie und zur Bestellung ihres Feldes, wie um Lieferung von Brod, Mehl, um Fuhrleistungen 2c., wofür die Zustimmung des Vormundes so lange als ertheilt angenommen werden durfte, als derselbe nicht auf andere Weise für die Bedürfnisse der Familie sorgte oder dem Kläger, der für vorherige ähnliche Leistungen vom Vormunde bezahlt worden, eine ausdrückliche gegentheilige Erklärung gab. Die bevormundete Familie ist säßhaft in der Nähe des Klägers, während der Wohnort des Vormundes in einer vier Stunden davon entfernten Ortschaft sich befindet und ist es unter solchen Umständen erklärlich, daß nicht für jede Lieferung oder Leistung die spezielle Bewilligung des Vormundes eingeholt werden konnte. Gerade deßhalb bedurfte es aber auch der besondern Fürsorge von Seite des letztern, wenn er je den Willen gehabt, daß seinen Schutzbefohlenen ohne seine ausdrückliche Zustimmung selbst die nothwendigsten Leistungen nicht gemacht werden dürfen.

Aber auch nach der Bestimmung des §. 774 des a. b. G. ist der Kläger berechtigt, Ersatz für diejenigen Leistungen zu fordern, die als nothwendig und nützlich anerkannt werden müssen. U. v. 20. Jenner 1866.

133. Einen abgeschlossenen Pachtvertrag, auf dessen Erfüllung vom Pächter vermittelst der Civilklage gedrungen wurde, glaubte der Verpächter nicht halten zu müssen, weil der Kläger bevormundet gewesen und der Vormund desselben die waisenamtliche Genehmigung zur Abschließung des Vertrages nicht eingeholt habe.

Eine solche Einrede erscheint aber als eine unzuläßige, weil sie aus einem dem Beklagten ganz fremden Rechtsgebiet, nämlich demjenigen des Klägers hergeleitet ist. Wurde der Vertrag wirklich abgeschlossen, so war er für den Beklagten verbindlich und berührte es ihn in keiner Weise, ob der Vormund des Klägers waisenamtlich autorisirt gewesen. Nach §. 334 des a. b. G. ist ein Vertrag, den ein Schutzbefohlener

ohne ausdrückliche Befugniß oder ohne Mitwirkung seines Vormundes abgeschlossen, nur für ihn unverbindlich, nicht für den dritten Mitcontrahenten. Im Falle stand das bloß dem Schutzbefohlenen eingeräumte Recht zur Anfechtung des Vertrages dem Beklagten um so weniger zu, als der Vormund beim Vertragsabschlusse mitwirkte. U. v. 7. August 1866.

134. Rudolf Humbel Lieutenants von Boniswil hatte am 17. September 1852 den Brüdern Häfeli, Lenzimüllers zu Gontenschwil ein Pferd um den Preis von Fr. 354 abgekauft und für diesen Betrag eine Schuldschrift ausgestellt. Die Forderung wurde dann dem Herrn Notar Bauhofer in Reinach abgetreten, der vom Schuldner vermittelst gerichtlicher Klage Bezahlung verlangte.

Rudolf Humbel hatte unter anderm vorgeschützt, daß er zur Zeit des Kaufsabschlusses noch minderjährig gewesen. Der Kläger stellte aber der Einrede der Minderjährigkeit schon in der Klage die Behauptung entgegen, daß der Beklagte sich durch den Kaufsabschluß als volljährig ausgegeben habe und berief sich auf §. 339 des a. b. G., welcher lautet: „Ein Minderjähriger, welcher sich nach zurückgelegtem 20. Jahre bei einem Geschäfte für volljährig ausgiebt, ist für allen Schaden verantwortlich, wenn der andere Theil vor Abschließung des Geschäftes nicht wohl erst Erkundigung über die Wahrheit des Vorgebens einholen konnte.

Hinsichtlich dieser kläger'schen Behauptung wurde befunden:

Die soeben zitirte Gesetzesstelle könne dem Kläger nicht zu statten kommen, indem die bloße Thatsache des Kaufsabschlusses nicht genüge, um die Einrede der Minderjährigkeit zu zerstören; denn §. 339 setze neben dem eingegangenen Geschäft das ausdrückliche Vorgeben der Volljährigkeit, somit eine Täuschung von Seite des Minderjährigen gegenüber dem andern Contrahenten voraus. Diese Voraussetzung sei auch eine nothwendige, weil im umgekehrten Falle, wenn nämlich das Vorgeben der Volljährigkeit als schon in der Thatsache des Vertragsabschlusses enthalten angenommen werden wollte, die den Minderjährigen durch die §§. 333 und 334 des a. b. G. zugedachte Wohlthat als im geraden Widerspruch mit der nachfolgenden Bestimmung des §. 339 stehend dahinfallen müßte. U. v. 10. Mai 1855.

Fünfter Abschnitt.

Von der Rechnungsablage des Vormunds.

§§. 352—370.

135. Joh. Fehlmann, Pfister von Wittwil, trug folgende Klage vor: Im Jahre 1839 sei er unter Vormundschaft gestellt worden. Das ihm gehörige Bad Schwarzenberg habe sein Vormund, Joh.

Jb. Fehlmann, Gemeinderath von Wittwil, im darauffolgenden Jare 1840 an Joh. Rud. Plüß von Vordemwald um 12,000 Fr. a. W. verkauft. Fr. 6171. 58 seien überbunden, der Rest mit Fr. 5828. 42 als zu 4 Terminen, mit 1. Wintermonat 1841, 42, 43 und 44 zahlbar, bestimmt und für das Ganze vier Kaufsbürgen gestellt worden. Noch im gleichen Jahre habe der Käufer Plüß eines der Grundstücke weiter verkauft und die Erlössumme von Fr. 495 an die Kaufrestanz abbezahlt, so daß diese noch Fr. 5333. 42 a. W. betrug. Auf 10. Sept. 1841 sei vom Vormund die erste Rechnung abgelegt worden, auf 20. August 1844 — in Folge Absterbens desselben — durch dessen Sohn, Melchior Fehlmann, die zweite, wornach zwar die Zinse der Kaufrestanz bis und mit Nov. 1843 als eingenommen, dagegen die verfallenen Termine mit Fr. 3883. 42 als noch ausstehend verzeichnet gewesen.

Unterm 6. Jenner 1845 sei dieser Sohn Melchior Fehlmann am Platze seines Vaters zum Vormunde des Klägers ernannt worden, der Eigenthümer des Bades Schwarzenberg aber, Joh. Rud. Plüß, habe im gleichen Jahre diese Realität an Jakob Hediger von Reinach wieder verkauft, unter Ueberbindung der obgenannten Kaufsrestanz von Fr. 5333. 42 sammt seitherigen Zinsen; Kaufsbürge für Hediger sei der Verkäufer Plüß selbst gewesen. — Im Jahre 1848 sei Hediger in Geldstag gefallen, die Kaufsrestanz sammt Zinsen zu Verlurst gewiesen, von Plüß aber nachgeschlagen worden, so daß dieser zum zweiten Male Eigenthümer und Schuldner geworden, indem er vier schwache Bürgen gestellt habe.

Im Jahre 1849 habe Melchior Fehlmann seine erste Rechnung abgelegt, wornach die längst fälligen Termine und sogar die Zinse pro 1846 bis und mit 1849, letztere im Betrage von Fr. 746. 68, ausstehend gewesen. In der folgenden Rechnung vom Jahre 1852 erscheinen bloß 200 Fr. als bezahlt und Fr. 333. 30 als vom Vormund cedirt in Einnahme. Noch im gleichen Jahre sei aber auch Plüß fallit geworden und der Vormund genöthiget gewesen, nachzuschlagen. Die Gesammtansprache des Mündels auf dem Bade Schwarzenberg habe Fr. 8903. 96 n. W. betragen, wovon der Vormund beim Wiederverkauf bloß Fr. 920. 21 zu retten vermocht, so daß sich ein Verlurst von Fr. 7983. 75 ergeben. Schuldner und Bürgen seien sämmtlich ausgeklagt und müsse ihm daher dieser Betrag von dem ersten und zweiten Vormund und den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde ersetzt werden.

Ueber diesen Anspruch des Klägers wurde befunden:

Stelle man den gesetzlichen Bestimmungen, den §§. 306, 313, 314, 318, 341, 347, 352 und 369, ferner den §§. 315, 353—356 und

370 des a. b. G. die in der Klage enthaltenen thatsächlichen Momente, welche von den Beklagten wesentlich nicht in Abrede gestellt werden, entgegen, so müsse die Ersatzpflichtigkeit sowohl des Vormundes oder der beiden Vormünder, als der Waisenbehörde Wittwil gefolgert werden und zwar aus nachgenannten Gründen:

Unbestreitbar sei Joh. Jb. Fehlmann, Vater des jetzigen Beklagten, Melch. Fehlmann, Alt-Gemeinderath, Vormund des wegen Wahnsinns unter waisenamtliche Obsorge gestellten Klägers gewesen und demselben in dieser Eigenschaft die Verwaltnng des nicht unbeträchtlichen Vermögens des Mündels obgelegen. Er habe auch als solcher das Bad Schwarzenberg im Jahre 1840 verkauft. Ob die Waisenbehörde die für den Kauf gegebene Sicherheit durch Bürgschaft gehörig geprüft oder nicht, möge dahingestellt bleiben; soviel sei aber gewiß, daß bei einer solch' bedeutenden Kaufsrestanz, wie sie hier vorgelegen, jene Sicherheit wesentlich in der unverweilten Einbringung der jährlichen Terminzahlungen gelegen. Als der Vormund Joh. Jb. Fehlmann im Jahre 1841 seine erste Rechnung abgelegt, sei die erste Terminzahlung des erwähnten Kaufes noch nicht fällig, übrigens an dieselbe der Erlös eines Grundstücks abschläglich bezahlt gewesen. Hierüber sei also weiter nichts zu bemerken. Dagegen erscheinen in der zweiten — im Jahre 1844, nach dem Absterben des Vaters Fehlmann, durch den Sohn Melch. Fehlmann, Namens der Erbschaft abgelegten Rechnung — nebst der restanzlichen Terminzahlung von 1841 auch noch die Termine für 1842 und 1843 uneingehoben.

Abgesehen von der verspäteten Rechnungsablage, welche mit dem Jahre 1843 schon hätte erfolgen sollen, liege in der Unterlassung dieser Einhebung das erste Versäumniß des Vormundes, dessen Folgen in erster Linie die Erben desselben treffen müßten.

Aber auch die Unterwaisenbehörde trage die Schuld hieran von diesem Zeitpunkte hinweg, indem sie bei der Prüfung der fraglichen Rechnung den so bedeutenden Ausstand unbemängelt gelassen und nicht auf sofortige Betreibung des Schuldners gedrungen habe. Im Jahre 1845 sei Melch. Fehlmann, Sohn, dem Kläger zum Vormunde bestellt worden und von diesem Augenblicke an sei derselbe auch persönlich für das Vermögen seines Mündels verantwortlich geworden. Unter seine Verwaltungsperiode falle nun der Wiederverkauf des Bades Schwarzenberg von Seite des J. F. Plüß an Jb. Hediger von Reinach. Da der Ueberbund der Kaufsrestanz von Fr. 5333. 42 a. W. sammt Zinsen ein bedeutender gewesen, so wäre es in der Pflicht des Vormundes und der Waisenbehörde gelegen, vorzüglich auf Sicherstellung dieser Summe Bedacht zu nehmen.

Im Jahre 1847 wäre der neue Vormund pflichtig gewesen, seine erste Rechnung zu stellen; er habe dieses unterlassen und auch die Waisenbehörde dazu geschwiegen. Erst anno 1849 sei diese Rechnung erfolgt, wornach nicht nur kein einziger Termin eingegangen, sondern auch die Zinse der Jahre 1846, 47, 48 und 49 noch im Ausstande sich befunden. Zudem sei Hediger schon im Jahr vorher, 1848, in den Geldstag gefallen und anstatt, daß früher der erste Käufer, Plüß, sofort direkte und nach ihm seine Bürgen hätten belangt werden können, habe der Wiederverkauf an Hediger nur dazu gedient, den ersten Schuldner, Plüß, in den Hintergrund zu stellen und im Geldstage des zweiten, des Hediger, eine unfruchtbare Collocation zu gewärtigen. Durch den Nachschlag sei zwar Plüß wiederum unmittelbarer Schuldner der Kaufsrestanz geworden, aber die Sicherheit der ersten Bürgschaft mehr und mehr verschwunden.

Hieraus erkläre sich, warum auch die folgende Rechnung im Jahre 1852, deren Stellung wieder um ein Jahr zu spät erfolgte, kein günstigeres Ergebniß geliefert habe. An Zinsen seien nur Fr. 200 bezahlt und Fr. 333. 33 durch Abtretung einbringlich gemacht worden, mittlerweile aber wieder dreijährige Zinsen von der Kaufsrestanz aufgelaufen. Im gleichen Rechnungsjahre sei denn endlich auch Plüß in den Geldstag gefallen, nachdem einer seiner Bürgen, Rudolf Spirgi, sein Schwager, ihm in demselben vorangegangen, woselbst aber die Rettung der Forderung nicht möglich gewesen.

Aus dem ganzen Verlaufe dieser Vormundschaftsangelegenheit blicke die auffallende Saumseligkeit des Vormundes, wie nicht minder die Nachlässigkeit der Waisenbehörde in Beaufsichtigung und Leitung des Vormundes — im grellsten Lichte hervor, und es könne weder von diesem gesagt werden, daß er dabei die Sorgfalt und die Aufmerksamkeit eines redlichen und fleißigen Hausvaters angewendet, noch sei von der Waisenbehörde zu behaupten, daß sie die ihr zufolge Gesetz obliegenden Pflichten erfüllt habe. Vom Vormunde sei weder der erste noch der zweite Käufer je rechtzeitig zur Zahlung rechtlich betrieben und damit auch die Bürgschaftssicherheit im Verlaufe von mehr als 10 Jahren auf die nachlässigste Weise verscherzt worden. Die Waisenbehörde aber habe dem Allem ruhig zugesehen, den Vormund nicht zur gesetzlichen Zeit zur Rechnungsstellung anhalten lassen, sich selbst und den Mündel nicht einmal durch rechtzeitige Beschlagnahme auf das Vermögen des säumigen Vormundes sicher zu stellen versucht (§. 355 des b. G. b.) und sogar bei der Passation der Rechnungen den entscheidenden Punkt sofortiger Betreibung der verfallenen Terminzahlungen und Zinsen stetsfort übergangen und seien daher die Beklagten zum Ersatze der eingeklagten Summe verpflichtet.

Wenn es sich noch darum handeln sollte, das Maß der Verschuldung sowohl der zwei Vormünder Fehlmann, Vater und Sohn, als der verschiedenen Mitglieder der Waisenbehörde von Wittwil, unter sich zu ermitteln, so wäre dieses Maß mit Bezug auf einzelne Beklagte allerdings als verschieden anzusehen. Allein es kann hier — in dem gegenwärtigen Prozesse — nicht Sache des Richters sein, den Antheil eines jeden Beklagten an der Verschuldung und somit auch an dem gemeinschaftlichen Ersatz besonders auszumitteln, weil über diese Frage unter und zwischen den betheiligten Ersatzpflichtigen noch gar nicht verhandelt worden. Der Richter müsse sich daher begnügen, die Pflichtigkeit zum Schadensersatze in zwei Hauptrichtungen auszusprechen, — einmal und in erster Linie gegen den zweiten Vormund, Melchior Fehlmann, Sohn und die Erben des ersten Vormunds, Joh. Jb. Fehlmann, Vater, — zum andern und in zweiter Linie — gegen die Mitglieder der Waisenbehörde von Wittwil, als Garanten auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit der Erstverpflichteten und zwar jeweils unter gemeinsamer Haftung. U. v. 10. November 1857.

136. Im Anfange des Jahres 1863 war minderjährigen Kindern ein Legat von Fr. 1400 angefallen, welches der Schuldner dem Gemeindeschreiber der Heimathgemeinde der Kinder im April gleichen Jahres ausbezahlte. Im Jahr 1865 fiel der Gemeindeschreiber, der das Geld in seinen Händen behalten, in den Konkurs und das Legat ging verloren.

In Folge dessen belangten die fraglichen Kinder die Waisenbehörde um Ersatz des zu Verlurst gewiesenen Betrages, indem sie ihr vorwarfen, daß sie dem Gemeindeschreiber zum Behufe des Inkassos der Forderung den Titel herausgegeben, ihnen keinen Vertreter bestellt und überhaupt diejenigen Vorkehren nicht getroffen habe, welche zur Wahrung ihrer, der Kinder, Interessen nöthig gewesen wären.

Der vorwürfige Fall entscheidet sich an der Hand des §. 370 des a. b. G., wornach die Vormundschaftsbehörde, welche ihre gesetzliche Pflicht zum Nachtheil eines Schutzbefohlenen vernachlässigt hat, dafür verantwortlich und wenn andere Mittel zum Ersatze mangeln, den Schaden zu ersetzen verbunden ist. Die Regreßklage gegen eine Vormundschaftsbehörde setzt also, wie jede andere Schadensersatzklage, zwei Bedingungen voraus, nämlich ein Verschulden auf Seite der erstern und einen dem Schutzbefohlenen zugefügten Schaden.

Nach Lage der Verhältnisse muß im Falle die erste Voraussetzung als vorhanden angenommen werden, dagegen ist noch nicht ausgemittelt,

daß aus der Säumigkeit des Gemeinderathes in Erfüllung der waisenamtlichen Pflichten auch ein Schaden für die Schutzbefohlenen hervorgehe.

Der Gemeinderath verneint, daß er dem Gemeindeschreiber den Titel behufs der Einkassirung des Geldes übergeben habe, mit dem Beifügen, daß der Gemeindeschreiber ohne Wissen und Willen der Waisenbehörde mit dem Schuldner in Unterhandlung getreten und ihn unter unwahren Angaben zur Herausbezahlung des Geldes veranlaßt habe.

Wäre diese Angabe richtig, so könnte von einer Schädigung der klagenden Kinder für einmal nicht die Rede sein; der Schuldner des Legats wäre alsdann der Betrogene, er hätte nicht an den wirklichen Gläubiger bezahlt und müßte den Betrag noch einmal entrichten. Anders dagegen würde sich die Sache verhalten, wenn der Gemeinderath, wie die Kläger behaupten, den Gemeindeschreiber beauftragt sich im Betreff des Legats mit dem Schuldner in's Einvernehmen zu setzen, wenn er ihm den Forderungstitel übergeben hätte, damit er die Zahlung in Empfang nehme und die Behörde mit der Behändigung des Geldes durch Hofmann überhaupt einverstanden gewesen und ihm die Verwaltung des Legats überlassen worden wäre.

In diesem Falle hätte der Schuldner in gültiger Weise Zahlung geleistet und die Waisenbehörde dann den Klägern Ersatz zu leisten. Deßhalb wurde denn auch den Klägern der Beweis ihrer daherigen Behauptung zugesprochen. U. v. 25. August 1869.

Sechster Abschnitt.

Von der Beendigung der Vormundschaft.

§§. 371—392.

137. Ein Bevormundeter, der freiwillig unter Vormundschaft getreten, verlangte die Aufhebung der letztern, indem er erklärte, daß er die frühere Zustimmung zur Verhängung der Vormundschaft zurücknehme. Die Waisenbehörde hatte dargethan, daß die Bevormundung dringend nothwendig gewesen und daß, wenn sie nicht auf freiwillige Zustimmung hin erfolgt wäre, sie hätte rechtlich erzwungen werden müssen.

Bei dieser Sachlage kann der Gesuchsteller, trotzdem, daß er freiwillig sich der Vorsichtsmaßregel unterzogen, durch die einfache Erklärung, daß er mit der Bevormundung nicht mehr einverstanden sei, die letztern nicht rückgängig machen, sondern es liegt ihm der Nachweis

ob, daß seine Verhältnisse sich so gestalten, daß sie die Bevormundung nicht mehr nothwendig erscheinen lassen. U. v. 14. März 1855.

138. Vom Ende der zwanziger Jahre an bekleidete R. Z. die Stelle eines Vormundes bis 1839, in welchem Jahr er von diesem Amte entlassen wurde und über das Vermögen seines Mündels seine letzte Rechnung stellte. Ihm folgte ein anderer Vormund, der als solcher bis 1852 verblieb, bis zum Zeitpunkte nämlich, in welchem der Mündel volljährig wurde.

Nach Beendigung der Vormundschaft wurde nun gegen den ersten Vormund im Sinne des §. 388 des a. b. G. ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht, indem man ihm zur Last legte, daß er hinsichtlich des Bezuges der ausstehenden Guthaben des Mündels seine Pflicht nicht erfüllt und dadurch den Verlurst dieser Guthaben verursacht habe.

Der Beklagte glaubte den Angriff mit der Einrede der Verjährung abwehren zu können, er entgegnete nämlich, daß nach §. 414 des zutreffenden frühern Personenrechts die Klage innert Jahresfrist von der Schlußrechnung an, welche von ihm im Jahr 1839 zugestellt worden, hätte angebracht werden sollen.

Bezüglich dieser Einwendung wurde Folgendes befunden:

§. 413 des a. b. G. vom Jahr 1826 schreibe vor, daß bei der gerichtlichen Passation der Schlußrechnung dem Pflegbefohlenen insbesondere noch das Recht vorbehalten bleibe, wenn er nach Beendigung der Vormundschaft laut den während dieser Zeit gelegten Rechnungen durch Mißrechnung, durch Untreue oder durch eine andere gesetzwidrige Handlung auf irgend eine Weise sich gekränkt glaube, seine Vormünder oder deren Erben gerichtlich dafür zu belangen; der §. 414 bestimme sodann, daß dieses Klagrecht nach Verlurst eines Jahres von der gerichtlichen Passation der letzten Rechnung an gerechnet, erlösche. Das bürgerliche Gesetzbuch vom Jahr 1847 enthalte in den §§. 388 und 389 gleiche Vorschriften, erweitere aber die Frist, nach deren Verfluß das Klagrecht erlösche, auf zwei Jahre.

Aus diesen, im Falle maßgebenden, Bestimmungen könne aber die Richtigkeit der beklagtischen Ansicht, daß der Kläger seinen angeblichen Anspruch durch Verjährung verloren habe, nicht abgeleitet werden, sondern lassen diese Bestimmungen mit Sicherheit annehmen, daß lediglich die mit Beendigung der Vormundschaft zu legende Rechnung die Schlußrechnung bilde, alle frühern Rechnungen dagegen, wenn gleich von verschiedenen und zu verschiedenen Zeiten in's Amt getretenen Vormündern abgelegt, als fortgesetzte Verwaltungsrechnungen betrachtet werden müssen.

Die Rechnung des ersten Vormundes, welche im Jahr 1839 gelegt worden, trage daher, obgleich sie die letzte sei, die er gelegt habe, nicht den Charakter einer Schlußrechnung an sich, sondern sei einzig die im Jahr 1850 vom zweiten Vormunde, als dem letzten vormundschaftlichen Vertreter, erstattete Rechnung als Schlußrechnung anzusehen, mit Rücksicht auf welche die Einrede der Klagverjährung nicht gerechtfertigt sei. U. v. 22. Febr. 1854.

Siebenter Abschnitt.

Von der Verbeiständung der Weibspersonen.

§§. 393—412.

139. Gegen die Ehefrau eines Falliten wurde eine Forderung eingeklagt und zu deren Begründung behauptet, daß die Beklagte im Jahre 1860, bald nach der Vergeldstagung ihres Ehemannes, dessen Handlungs- und Krämereigeschäft übernommen und ganz offen und mit Wissen der Vormundschaftsbehörde fortgeführt habe. Es fiel daher die Erörterung der Frage nothwendig, ob eine stillschweigende Bewilligung der Vormundschaftsbehörde zum Betriebe eines Handelsgeschäftes einer Weibsperson angenommen werden dürfe, resp. genüge, um diese zu verpflichten?

Diese Frage muß verneint werden. Der §. 397 des a. b. G. enthält die Bestimmung: „Die Vormundschaftsbehörde kann einer Weibsperson unter angemessener Vorsicht gestatten, ein Gewerbe zu führen und in Hinsicht auf dieses Gewerbe sich zu verpflichten."

Der Wortlaut der citirten Gesetzesstelle spricht offenbar dafür, daß der Gesetzgeber nicht bloß eine aus dem Wissen und Gewährenlassen der Behörde abzuleitende, sondern eine ausdrücklich zu ertheilende Bewilligung im Auge gehabt habe.

Das Gesetz schreibt vor, daß der Weibsperson die Führung der Gewerbe unter angemessener Vorsicht zu gestatten sei. Wenn nun der Gesetzgeber den Ausdruck „gestattet" braucht und zugleich der Vormundschaftsbehörde angemessene Vorsicht zur Pflicht macht, so muß angenommen werden, daß die Führung eines Gewerbes von Seite einer Weibsperson nur dann gesetzlich zulässig ist, wenn ihr die ausdrückliche Bewilligung vorangeht.

Daß diese Argumentation dem Sinne des Gesetzes entspricht, erhellt per argumentum a contrario auch aus §. 211 des a. b. G.,

wonach, wenn die Eltern einem Sohne nach zurückgelegtem zwanzigsten Altersjahre den Betrieb eines Gewerbes oder einer Handlung oder die Führung einer Haushaltung zulassen, derselbe als der elterlichen Gewalt entlassen zu betrachten ist. An der Hand dieser Gesetzesvorschrift erscheint es statthaft, aus dem bloßen stillschweigenden Zusehen auf Zulassung des Geschäftes zu schließen. Von dieser Vorschrift ist aber der Wortlaut des §. 397 so verschieden, daß sich aus letzterer Stelle ein gleicher Sluß nicht herleiten läßt. U. v. 8. August 1864.

140. Im Jahr 1849 entfernte sich der Ehemann J. H., welcher eine Bäckerei und eine Pintenwirthschaft betrieb, von seiner Familie und kehrte nicht mehr zu derselben zurück. Das Gewerbe des verschwundenen Ehemanns wurde von der Ehefrau fortbetrieben und sie um Bezahlung eines Betrages für Mehl, welches ihr seit Christmonat 1852 bis 1. Mai 1855 geliefert worden, angegangen.

Die Ehefrau hielt sich nicht für zahlungspflichtig, indem sie vorgab: ihre Ehe habe bis 6. November 1855 gedauert, an welchem Tage dieselbe durch Richterspruch gelöst worden, sie habe das Gewerbe auf Rechnung ihres Mannes betrieben, weßhalb für sie eine Schuldverbindlichkeit nicht entstanden und nach den Bestimmungen über das Güterrecht der Ehegatten in den §§. 51—55 des a. b. G. eine solche für sie gar nicht habe entstehen können.

Allein die Vorschriften dieser Paragraphe beruhen auf der Voraussetzung des Vorhandenseins des Ehemannes, passen daher nicht auf die Verhältnisse der belangten Ehefrau, deren Ehemann seit 1849 verschwunden und nicht mehr zum Vorschein gekommen ist. Der verschwundene Ehemann konnte das Hauswesen nicht leiten, die Gewerbe nicht führen, die Frau nicht beherbergen und erhalten und sie nicht rechtlich vertreten. Die Vormundschaftsbehörde bestellte daher der Ehefrau einen Beistand, den sie gemäß §. 254 auch bestellen durfte. Die Ehefrau suchte sodann mit ihrem Beistande im Jahr 1849 beim Regierungsrath die Uebertragung der Wirthschaftsconcession auf ihre Person nach; sie erwirkte diese Uebertragung und gestattete ihr der Gemeinderath vermittelst der Empfehlung der Wirthschaftsübertragung ausdrücklich im Sinne des §. 397 des a. b. G. die Führung des Gewerbes und die Verpflichtungsfähigkeit in demselben.

Die Beklagte betrieb daher das Gewerbe nicht bloß thatsächlich, sondern auch mit rechtlicher Befugniß, d. h. mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde auf ihre Rechnung und ist dieselbe, wie sie sich den Ertrag des Gewerbes zugeeignet hat, auch schuldig, die behufs der Führung desselben eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen.

U. v. 9. März 1859.

141. Eine Ehefrau, die eine Wirthschaft führte, wurde um Bezahlung einer bestimmten Summe für in diese Wirthschaft geliefertes Bier belangt; die Klage gründete sich auf das Anbringen: das Bier sei von dem falliten Ehemann für die Wirthschaft der Frau bestellt und in derselben verbraucht und der Erlös dem Wirthschaftsbetrieb zu gut gekommen. Die Ehefrau, welche zugab, daß die Bestellung und Lieferung des Bieres stattgefunden, entgegnete unter Anderm, daß ihr Ehemann bei der Bestellung nicht als ihr Bevollmächtigter gehandelt, sondern auf seinen Namen und für sich contrahirt habe, daß sie aber auch nicht befugt gewesen wäre, ohne Mitwirkung ihres Beistandes den Ehemann zur Abschließung eines solchen Vertrages zu bevollmächtigen, weil ihr von der Vormundschaftsbehörde nicht gestattet worden, ein Gewerbe zu führen und sich in Hinsicht auf dasselbe zu verpflichten.

Prüft man nun zunächst diesen letztern Einwand der Beklagten, so erzeigt sich derselbe als unbegründet. Abgesehen nämlich von der grundsätzlichen Frage, ob die Beklagte sich in Bezug auf den Wirthschaftsbetrieb nur mit ausdrücklicher Genehmigung der Vormundschaftsbehörde habe verpflichten können oder ob dazu auch eine stillschweigende Bewilligung genügt hätte, ergibt es sich, daß die Wirthschaftsconcession nach der Vergeldstagung des Ehemannes ausdrücklich auf sie übertragen worden, was laut §. 16 lit. b. des Wirthschaftspolizeigesetzes nur auf den Nachweis hin geschehen konnte, daß sie die Erlaubniß der Vormundschaftsbehörde zur Führung eines Gewerbes nach §. 397 des a. b. G. besitze. In der Thatsache der ertheilten Concession liegt also an sich schon der Beweis, daß die Vormundschaftsbehörde der Beklagten die Führung des Gewerbes gestattet, diese sich also mit Hinsicht auf dasselbe habe verpflichten können, ohne dazu der Mitwirkung ihres Beistandes zu bedürfen.

Es handelt sich daher im Weitern nur darum, ob es wahr sei, daß die bestellte Lieferung in dem Geschäfte der Beklagten und zu Gunsten derselben verkauft und verwendet worden. Denn wäre dies der Fall, so könnte sie sich, obgleich das ganze Lieferungsgeschäft nur durch den Ehemann vermittelt worden, der Zahlungsverpflichtung nicht entziehen.

U. v. 8. Mai 1867.

142. Die Herren Daller und Comp., Weinhändler in Zofingen, hatten dem Kaspar Wirz, Pintwirth in Oftringen, zu verschiedenen Malen Wein geliefert, sodaß dieser ihnen bis 15. Juli 1852 Fr. 3914 schuldig geworden. Nun wurde von der Ehefrau des Kaspar Wirz, Julie Wirz, welcher durch ein Testament ein Betrag von Fr. 12,000 alte W. verschrieben worden, in dem Sinne, daß dieses Vermögen nicht

in das Eigenthum des Ehemannes übergehen, sondern Sondergut derselben verbleiben und unter die Verwaltung eines Pflegers gestellt werden solle, der Zins von diesem Vermögen den Herren Daller und Comp. zur Deckung ihrer Forderung von Fr. 3913 in der Weise cedirt, daß die Abtretung erst dann geltend gemacht werden dürfe, wenn die Gläubiger von Wirz keine Erholung mehr finden könnten.

Nachdem Kaspar Wirz in den Geldstag gefallen und die Herren Daller und Comp. mit einer restanzlichen Forderung von Fr. 2240. 55 zur Geduld verwiesen worden, erhoben dieselben Klage gegen die Ehefrau Wirz mit dem Begehren: Sie wolle verhalten werden, die fragliche Abtretung als eine gültige anzuerkennen und den Klägern den Zins von der Summe von Fr. 12,000 auf so lange zu überlassen oder ihnen zu verabfolgen, bis ihre Anforderung getilgt sein werde.

Das Obergericht wies die Klage als eine nicht gerechtfertigte ab, indem es fand:

Die Abtretung der Beklagten laute in ihren maßgebenden Stellen dahin: „Zur völligen Beruhigung und Deckung des ganzen Guthabens, vorzugsweise aber des unverbürgten Theiles und bis zur gänzlichen Abbezahlung desselben tritt Frau Julie Wirz geb. Fischer mit Handen ihres Ehegatten und Pflegers, des eigentlichen Schuldners der Herren Daller und Comp. zum Eigenthum ab: den ihr zustehenden Abnutzen von dem Vermögen, das sie durch testamentarische Verschreibung von ihrem Oheim zur Nutznießung und in gewissen Fällen zum Angriff ererbt hat, wobei verstanden ist, daß diese Abnutzungsabtretung erst dann geltend gemacht werden kann, wenn die Herren Daller und Comp. an Herrn Kaspar Wirz keine Erholung mehr zu finden vermögen."

Nach §. 647 des a. b. G. sei ein rechtliches Geschäft nach seiner Beschaffenheit und nicht nach der Form oder dem Namen zu beurtheilen, deren sich die Vertragschließenden bedient, um das Wesen des Geschäftes zu verbergen. Die obstehende Abtretung sei nun ihrem Zwecke und innern Wesen nach nichts anderes als eine Bürgschaftsverpflichtung. Nach §. 776 des a. b. Gesetzes liege das charakteristische Merkmal der Bürgschaft darin, daß der Bürge sich verpflichte, den Gläubiger zu befriedigen, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfülle. Dieses Merkmal könne die fragliche Abtretung weder ihrem innern Wesen, noch selbst auch dem Wortlaute nach verläugnen. Ein solcher Vertrag sei aber nach §. 406 des a. b. G. (jetzt §. 4 lit. a. des Gesetzes über Abänderung einiger Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes vom 29. Wintermonat 1867) untersagt und müsse daher als ungültig erklärt werden. U. v. 16. October 1856.*

* In Betreff der Bürgschaft der Frauen s. auch Nr. 29 und 244.

Zweiter Theil.

Sachenrecht.

Zweiter Theil.

Von den Rechten an Sachen.

Einleitung.

Von den Sachen überhaupt.

---

§§. 413—436.

143. Eine Gemeinde hatte auf dem ordentlichen Civilrechtswege geltend gemacht, daß ihr am Dorfbache verschiedene Rechtsamen zustehen. Von einem Bürger, welcher oberhalb dem Dorfe einen Weiher angelegt, den Bach in denselben geleitet, ihn bisweilen gesteckt und dadurch den Abfluß des Wassers gehemmt hatte, wurde jeder Privatanspruch der Gemeinde am fraglichen Wasser widersprochen und zwar mit der Entgegnung, daß der Bach öffentliches Gut und als solcher dem bürgerlichen Verkehr entzogen sei. (§. 415 des a. b. G.)

Diese Bestimmung entzieht nun allerdings das öffentliche Gut, gerade weil es keinem Privaten angehört, dem Verkehr der Privatpersonen d. h. dem Handel und Wandel, der Vertrags- und Testamentsdisposition. Dadurch wird es aber keineswegs als unstatthaft erklärt, daß einer Korporation oder Privatperson an öffentlichem Gute Rechtsamen zustehen. Oft kommt es vor, daß über Wässerungsberechtigungen aus öffentlichen Bächen, deren Eigenthum anerkanntermaßen keinem Privaten angehört, gerade zwischen Privaten Streitigkeiten und bürgerliche Prozesse entstehen.

U. v. 29. Dezember 1857.

144. Eben dieselbe Ansicht wurde ausgesprochen, als die Frage zu beantworten war, ob an öffentlichem Gewässer durch Verjährung gewisse Rechte erworben werden können.

An dem Mühlebach von Spreitenbach nehmen Bewohner dieser Ortschaft verschiedene Rechte in Anspruch, nämlich das Wässerungsrecht, das Recht zur Errichtung von Brunnen aus dem Bache, das Recht, das Wasser zu schwellen u. s. w. Als denselben die Ausübung dieser Rechte durch ein Verbot untersagt wurde und sie zur Beseitigung des Verbotes und zum Schutze ihrer Rechte klagend auftraten und den Rechtstitel der Verjährung geltend machten, wurde die Klage auch mit dem Einwande bekämpft, daß der fragliche Bach ein öffentliches Gewässer, als solches aber Staatsgut und somit zufolge der §§. 415 und 850 des a. b. G. der Verjährung nicht unterworfen sei.

Dieser Einwand erzeigt sich nun aber als unhaltbar. Das Gesetz vom 28. Februar 1856 über die Benützung der Gewässer zur Belebung von Wasserwerken anerkennt, daß auch dritten Personen Rechte auf Gewässer zustehen können und bestimmt, daß hiefür der Staat, wenn er solche kraft seines Hoheitsrechts erwerben will, volle Entschädigung zu leisten hat. (Lemma 2 des Ges.) So lange nun von Seite des Staates die dritten Personen an Gewässern zustehenden Rechte nach Mitgabe des Gesetzes nicht erworben worden, müssen dieselben als fortbestehend angesehen und vom Richter geschützt werden.

Durch das angeführte Gesetz wird nur die Benützung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken als ein Hoheitsrecht des Staates erklärt und wird somit die Erwerbung anderer Rechte auf Gewässer für die Zukunft nicht ausgeschlossen, noch weniger aber werden dadurch solche Rechte, welche auf einem gesetzlichen Erwerbungsgrunde beruhen, anfgehoben. Im Fall nimmt nun der Klagetheil nur solche Rechte auf das Wasser des Mühlebachs von Spreitenbach in Anspruch, welche dem Hoheitsrechte des Staates keineswegs entgegen stehen und daher allerdings durch Verjährung haben erworben werden können.

U. v. 2. Dezember 1858.

145. Von Samuel Ackermann von Hendschiken wurde gegen Herrn Heinrich Bebié, Fabrikant, Klage geführt mit dem Anbringen: Er besitze im Gemeindebann Rupperswil einen sogenannten Mortilohacker, zu welchem er auf der Fahrstraße zwischen der Scheune und dem Fabrikgebäude des Beklagten gelange. Herr Bebié beabsichtige nun die fragliche Straße zu verbauen. Gegen dieses Vorhaben werde Protest erhoben, da er, Ackermann, einen andern Weg zu seinem Acker, als den genannten, nicht habe, der Weg zugleich eine offene Gemeindestraße und als solche öffentliches Gut sei, über welches der Beklagte nicht verfügen dürfe.

Der Beklagte anerkannte bloß, daß der Weg eine auf seinem Lande haftende und zu Gunsten des Klägers und der Mitberechtigten bestehende Dienstbarkeit sei, mit dem Bemerken: den Platz bei seinem Fabrikgebäude, über welchen bis anhin dieser Weg geführt, habe er zu einem beabsichtigten Bau nothwendig; deßhalb wolle er denselben einfach verlegen, wozu er auch berechtigt sei; durch die Verlegung des Weges werde die Ausübung der Berechtigung des Klägers weder erschwert, noch gar unmöglich gemacht.

Wäre es nun richtig, daß, wie der Kläger behauptet, der fragliche Weg seit Menschengedenken von jedermann beliebig gebraucht worden und daß derselbe für den Verkehr der Bürger von Ruppers wil mit dem sogenannten Schachenland benutzt werde, so würde daraus folgen, daß diese Straße nicht als eine auf dem Grund und Boden des Beklagten ruhende Dienstbarkeit, sondern als eine öffentliche Feld- und Fahrstraße sich darstelle, deren Grund und Boden nicht als Eigenthum der Besitzer derjenigen Grundstücke angesehen werden könnte, über welche dieselbe führt, deren Verlegung somit ohne Zustimmung aller dabei Betheiligten nicht vorgenommen werden dürfte. Es müßte daher, hätte man es wirklich mit einem öffentlichen Wege zu thun, dieser Umstand auch dem Kläger zu statten kommen, indem seine Berechtigung zur Einsprache gegen die Verlegung dieser öffentlichen Fahrstraße, deren Benutzung der Beklagte ihm grundsätzlich nicht bestritten, durch das Stillschweigen anderer Mitberechtigter nicht ausgeschlossen sein kann.

Im Sinne dieser Erwägung gestattete das Obergericht dem Kläger den Beweis durch Zeugen dafür, daß der fragliche Weg eine seit Menschengedenken bestehende Fahrstraße sei, die von Jedermann beliebig benützt worden und daß diese Straße auch für den Verkehr der Bürger von Ruppers wil mit dem sogenannten Schachenland gebraucht werde.

Für den Fall Mißlingens dieses Beweises wurde der gerichtliche Augenschein bezüglich der Behauptung des Beklagten bewilligt, daß durch die Wegverlegung die Ausübung der Dienstbarkeit des Klägers nicht wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht werde. U. v. 11. April 1855.

146. Der Eigenthümer eines Grundstücks, dem die Pflicht auferlegt worden, den diesem Grundstück entlang sich hinziehenden öffentlichen Kirchweg gehörig zu unterhalten, erwirkte ein Verbot, wodurch er einem Dritten das Befahren des Weges mit Pflug und Wagen untersagen ließ, indem er diesem letztern vorwarf, daß er den Kirchweg ungebührlich beschädige.

Nach §. 415 des a. b. G. ist nun aber das öffentliche Gut

als welches dieser Weg von beiden Parteien anerkannt wird, dem bürgerlichen Verkehr entzogen und kann daher dem Verbotwerber an dem Wege weder ein Eigenthums- noch Dienstbarkeitsrecht zustehen, noch befindet er sich in der rechtlichen Innehabung desselben. Gerade aus diesem Grunde aber ist er nicht legitimirt, gegen das Befahren des Weges ein Verbot auszuwirken.

Angesichts der klaren Bestimmung des §. 329 der P.-O. genügt zur Legitimation behufs Erwirkung eines Verbots ein entferntes rechtliches Interesse nicht, sondern es bedarf dazu eines Ausweises über das Eigenthum oder eine Dienstbarkeit an der Sache oder deren rechtliche Innhabung. U. v. 19. Dezember 1867.

147. §. 429 des a. b. G. enthält die Bestimmung: Sachen sind theilbar, wenn sie ohne Zerstückelung in Theile zerlegt werden können; untheilbar, wenn die Absonderung ihrer Theile von einander entweder nach ihrer natürlichen Beschaffenheit oder nach dem Gesetz unzulässig ist.

Diese Vorschrift findet sich erläutert in Nr. 159.

148. Die Bestimmung des Preises einer Sache geschieht durch die Schätzung. §. 431 des a. b. G. Die Schätzung findet durch Sachverständige statt; die Wahl der letztern sowohl als die Schätzung ist nach den Bestimmungen der Prozeßordnung vorzunehmen.

Vgl. Nr. 391.

149. Die Vorfenster an dem an einer Geldstagssteigerung erstandenen Hause wurden vom Geldstagsabgeordneten als besonderes fahrhabliches Vermögen veräußert. Mit Grund beschwerte sich der Käufer des Hauses gegen diese Veräußerung, wenn gleich das Vorgehen des Geldstagsabgeordneten vom Bezirksgericht gebilligt wurde.

Nach Mitgabe von §. 417 des a. b. G. gehören Vorfenster an sich im Allgemeinen zu den beweglichen Sachen. Allein in §. 418 des gl. G. wird die Begriffsbestimmung der beweglichen Sachen beschränkt, indem daselbst vorgeschrieben ist, daß an sich bewegliche Sachen in rechtlichem Sinne zu den unbeweglichen gezählt werden sollen, wenn sie vermöge des Gesetzes oder der Bestimmung des Eigenthümers die Zugehörde einer unbeweglichen Sache ausmachen. Sodann sagt §. 435 l. c., daß unter Zugehörde diejenigen Sachen begriffen werden müssen, welche zu beständigem Gebrauche und Dienste der Hauptsache bestimmt sind.

Wendet man diese Begriffsbestimmungen auf den konkreten Fall an, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die streitigen Vorfenster als eine Zugehörde des erwähnten Hauses angesehen werden müssen, weil

sie ihrem Zwecke nach die Bestimmung haben, gerade an diesem Hause jeweils im Winter angebracht zu werden. Wie daher gewöhnliche Fenster, Jalousieläden, Thüren 2c., obwohl an sich bewegliche Sachen, durch Verbindung mit einem Hause als Zugehörde von diesem unbewegliche Sachen werden, so nehmen auch die streitigen Vorfenster diese Eigenschaft an und dürfen von dem an der Geldstagssteigerung verkauften Hause nicht getrennt werden. Der Käufer hat durch die Erwerbung des Eigenthums an dem Hause auch Eigenthumsrechte an den Vorfenstern erlangt, weil nach §. 453 des a. b. G. das Eigenthum an einer Sache sowohl die Hauptsache als die Zubehörde umfaßt. U. v. 25. Juni 1867.

Erstes Hauptstück.

Von dem Besitz.

§§. 437—451.

150. Johann Hilfiker von Köllikan hatte dem Samuel Matter von da im Jahr 1843 verschiedene Grundstücke abgekauft und ohne daß die Fertigung stattgefunden, eine Abschlagszahlung geleistet und die Liegenschaften zu benützen angefangen. Im Jahr 1846 wurde der Vertrag und zwar, wie Hilfiker behauptete, von Seite des S. Matter rückgängig gemacht, durch welchen denn auch von da an die Liegenschaften wieder bebaut und benützt worden.

Käufer Hilfiker führte nun Klage gegen den Verkäufer Matter mit dem Anbringen, daß, da er nicht auf Erfüllung des Vertrages dringe, er zur Forderung von Schadenersatz berechtigt sei, dagegen aber nur den an die Kaufssumme bezahlten Betrag von Fr. 400 alt. W. zurückverlange.

Der Beklagte erwiderte unter anderm, daß der Kläger das gekaufte Land schlecht bewirthschaftet, ganz ausgenutzt und 28 große und 8 kleinere Erlen auf dem einen der Grundstücke gefällt habe, daß daher der Kläger und zwar wegen der schlechten Bewirthschaftung zum Schadenersatz verpflichtet sei und den Werth der Erlen ersetzen, resp. denselben sich abziehen lassen müsse.

Nachdem vom Bezirksgericht dem Beklagten, der bezüglich der mangelhaften Bewirthschaftung des Landes ganz detaillirte Angaben machte, der Beweis hierüber, so wie der Beweis über die Behauptung, daß der

Kläger die Erlen geschlagen, auferlegt worden, verlangte der letztere mittelst der Berufung die Beseitigung dieser Beweise, von der Voraussetzung ausgehend, daß er als Käufer der fraglichen Grundstücke auch deren redlicher oder gutgläubiger Besitzer gewesen und daß er also mit denselben nach Belieben, ohne Verantwortung und Entschädigungspflicht gegen den Beklagten habe schalten können.

Das Obergericht fand aber:

Der Kläger sei weder als Eigenthümer, noch als gutgläubiger Besitzer anzusehen. Das Eigenthum an unbeweglichen Sachen werde erst durch die Zufertigung erworben. Wenn also Kläger frei und ohne Verantwortung über die erkauften Liegenschaften hätte verfügen wollen, so wäre ihm obgelegen gewesen, zu Erlangung dieses freien Verfügungsrechts den Beklagten zur Fertigung des Kaufes zu verhalten. Habe er dieses unterlassen, so sei er auch nicht redlicher Besitzer der Grundstücke geworden, indem nur derjenige ein redlicher Besitzer sei, welcher im eigenen Namen und im Glauben besitze, daß kein anderer ein besseres Recht zum Besitze habe, der Kläger aber wohl gewußt habe oder doch zu wissen verpflichtet gewesen, daß der Beklagte bis zur Fertigung des Kaufes Eigenthümer sei und bleibe. Das Recht, welches Kläger durch die thatsächliche Ueberlassung der Grundstücke vor der Fertigung auf dieselben erworben, sei deßhalb nur dasjenige der Benutzung und der Zueignung ihres Ertrages mit Schonung der Wesenheit. Kläger sei also nicht befugt gewesen, die Liegenschaften mit Gefährdung des nachhaltigen Ertrages auszubeuten und den Werth derselben durch massenweisen Holzschlag zu vermindern. U. v. 12. März 1856.

151. Der redliche Besitzer, der entwährt wird, hat Anspruch auf Ersatz der nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf die Sache. Vgl. Nr. 276.

152. Der Eigenthümer einer Kuh, welche auf dem Grundstücke eines Dritten betroffen und von diesem in den Stall des Wirthshauses geführt worden, führte gegen den letztern Klage mit dem Schlusse: Es sei derselbe zur Zurückstellung der ohne Recht weggenommenen Kuh, zum Schadensersatz wegen des Gebrauchsentzugs zu verurtheilen und mit Strafe zu belegen.

Allein dem Klagbegehren wurde nicht entsprochen. Der Kläger war schuldig, sein Stück Vieh zu verwahren oder zu hüten und zu sorgen, daß es nicht auf das Grundstück des Nachbars hinübergehe und Schaden zufüge. Da er dieses unterlassen, so fällt ihm ein Verschulden zur Last, in Folge dessen er schadensersatzpflichtig geworden. Der Beklagte hatte

das beschädigende Thier auf seinem Grund und Boden angehalten und dazu war er berechtigt gewesen, weil darin ein wirksames Mittel gelegen, theils die Fortsetzung der Beschädigung zu verhindern, theils sich den Beweis zu verschaffen, von welchem Thier er beschädigt worden, theils endlich Gewißheit über die Person des Eigenthümers des Thieres zu erlangen. In solchen Fällen ist augenblickliche Hülfe gegen die Störung des Besitzes nothwendig, diejenige der Behörde aber nicht gleich bei der Hand und deßhalb die Selbsthülfe (Selbstpfändung) erlaubt (§. 448 des a. b. G.). Der Beklagte behielt das Stück Vieh dem Kläger auch nicht länger als nothwendig zurück, indem er ihm am gleichen Tage mit Bewilligung des Gemeindeammanns ansagen ließ, daß er sich im fraglichen Wirthshause behufs gütlicher Abfindung wegen der Beschädigung einfinden solle. Es war dem Kläger also möglich, sein Stück Vieh noch am gleichen Tage gegen Befriedigung des Beschädigten oder angemessene Sicherheitsleistung wieder zur Hand zu nehmen.

U. v. 5. Februar 1863.

153. Nachdem N. N. eine baare Summe von Fr. 250 angeliehen, kam er in den Besitz eines auf Fr. 500 lautenden Forderungstitels des Schuldners. Ein Dritter, welcher auf einen Theil des Werthes dieses Titels Anspruch erhob, soll zum Darleiher der Fr. 250 gekommen sein und ihn um Einhändigung des fraglichen Titels ersucht haben, mit dem Bemerken: Er, der Darleiher, möchte ihm doch den Titel auf einen einzigen Tag anvertrauen, er werde ihm denselben sicher sofort wieder zurückstellen. Der Dritte, welcher daraufhin den Titel erhalten, hatte aber nicht Wort gehalten, sondern denselben dem Eigenthümer (dem Schuldner der Fr. 250) eingehändigt, welcher ihn dann weiter abgetreten.

Der Darleiher erhob nun, gestützt auf §. 450 des a. b. G., gegen den Dritten eine Klage und verlangte mit der Behauptung, daß er ihn durch List aus dem Besitze des Titels verdrängt habe, die Wiederherstellung des vorigen Besitzstandes.

Der Beklagte verneinte in erster Linie die Behauptung, daß er den Titel mit dem Versprechen herausverlangt habe, denselben sofort wieder zurückzustellen; dann vertheidigte er sich mit dem Anbringen: Der Kläger mache nur Unterpfandsrechte am fraglichen Titel geltend, der Eigenthümer des Titels sei aber in den Konkurs gefallen, es stehe daher dem Kläger nicht mehr zu, den Besitz des Titels zu beanspruchen, weil derselbe nunmehr als ein Bestandtheil der Geldstagsmasse zu betrachten sei. Im fernern mangle dem Kläger jedes rechtliche Interesse zur Klage; zur Begründung eines Pfandrechts sei ein schriftlicher Akt erforderlich (§. 610 des a. b. G.), der nicht vorhanden sei.

Das Begehren um Wiederherstellung des vorigen Besitzstandes (vorausgesetzt natürlich, daß das Anbringen der Klage auf Wahrheit beruhe) ist als begründet anzusehen.

Sobald durch Anwendung von List Jemand aus dem Besitze verdrängt worden, so rechtfertigt der §. 450 das Gesuch um Wiederherstellung, nämlich um Wiedereinsetzung in den verloren gegangenen Besitzstand. Ist nun der Beklagte in der vom Kläger behaupteten Weise in den Besitz des Titels gelangt, hat er vorgegeben, daß er den Titel nur auf einen Tag zu erhalten wünsche und daß er denselben sicher sofort wieder zurückgeben werde, so liegt darin unzweifelhaft ein listiges Vorgehen des Beklagten und somit eine zureichende, weil gesetzlich ausgesprochene Rechtfertigung des Klagbegehrens. §. 450 des a. b. G. erheischt die Wiederherstellung des vorigen Zustandes *selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht eines Dritten*; es fällt daher die Frage, ob der Forderungstitel einen Bestandtheil der erwähnten Konkursmasse bilde, oder ob derselbe als gültiges Faustpfand des Klägers zu betrachten sei oder nicht, oder ob überhaupt für den Kläger ein rechtliches Interesse obwalte, den Forderungstitel zurückzuverlangen, gegenwärtig nicht in Berücksichtigung.

Unser Gesetz beruht in dieser Beziehung offenbar auf dem gemeinen Recht, zufolge welchem zur Wiedererlangung des Besitzes das interdictum de precario gegeben ist. Das Klagfundament stützt sich einfach auf den unrechtmäßigen Besitz des Beklagten, ohne daß von Seite des Klägers ein anderweitiger Nachweis erforderlich wäre.

U. v. 30. Oktober 1862. Art. 9.

154. Der Besitzer eines Gasthauses, dem der Bauunternehmer J. E. für den Unterhalt von zwei Pferden, sowie für Kost und Logis seiner Arbeiter einen Betrag von Fr. 417. 88 schuldig geworden, hatte dem letztern, als er, ohne Zahlung zu leisten, abzureisen sich anschickte, zum Schutze seines Anspruchs Pferde und Wagen zurückbehalten. Unter Berufung auf §. 450 des a. b. G. verlangte alsdann der Bauunternehmer, daß er wieder in den Besitz der ihm zurückbehaltenen Gegenstände gesetzt werde. — Ueber dieses vom Beklagten bestrittene und vom Bezirksgericht verworfene Klagbegehren fand das Obergericht: Es erhelle aus §. 450 des a. b. G., daß der Besitz gegen Gewalt oder List unbedingt geschützt werden wolle, allein zur Erreichung dieses Schutzes seien auch die Bedingungen nothwendig, an welche jener geknüpft sei, nämlich *gewaltsame* oder *listige* Besitzstörung. Frage man sich aber, ob im vorliegenden Falle eine so gestaltete Besitzesenteignung stattgefunden habe, so müsse dieses verneint werden. Eigentliche *Gewalt*,

worunter hier nothwendig eine physische zu verstehen, sei selbst nicht einmal klägerisch behauptet, sondern es ergebe sich, daß der Knecht des Klägers der Zumuthung und dem Befehle des Beklagten, die Pferde in den Stall zu stellen, von freien Stücken Folge geleistet, also weder der Anwendung einer Gewalt, noch einer List unterlegen sei. Auch von Drohungen gegen den Knecht, in Folge welcher derselbe etwa eingeschüchtert worden und aus welchen eine moralische Gewalt als vorhanden abgeleitet werden könnte, sei keine Rede gewesen. Es sei daher nicht statthaft, die angeführte Gesetzesvorschrift auf den vorliegenden Fall anzuwenden und es sei auch klar, daß damit die Begründung der posessorischen Klage dahinschwinde, womit eigentlich die Streitfrage, da es sich nur um das posessorium handle, entschieden sei.

Gehe man aber auch weiter und frage man, ob der Beklagte unter Umständen nicht berechtiget gewesen, für seine vom Kläger selbst nicht beanstandete Forderung sich Sicherheit zu verschaffen, in welcher Richtung er sich einestheils auf den §. 691 des a. b. G. und sodann eventuell auf den §. 47 des Wirthschaftsgesetzes berufe, so seien hier nur zwei Fälle gedenkbar: Entweder habe nämlich ein Mieths- und Kostgeldsverhältniß über Wohnung und Unterhalt der Arbeiter des Klägers und die Einstellung von Wagen und Pferd zwischen den Parteien bestanden, wie Beklagter beweisen wolle; oder die beklagte Forderung erscheine als Wirthsrechnung für successive verabreichte Kost, Wohnung u. s. w. Im ersten Falle stünde dem Beklagten gemäß §. 691 des a. b. G. ein Pfandrecht auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe des Miethers zu, im zweiten Falle aber besitze er — nach Mitgabe des §. 47 des Wirthschaftsgesetzes vom 14. Christmonat 1853 — ebenfalls ein Retentionsrecht an Sachen, welche der Gast mitgebracht habe. Unter allen Umständen müsse deßhalb schon jetzt dem Beklagten die letztgenannte Befugniß gewahrt bleiben, zumal nach §. 48 daselbst Forderungen an Beherbergte und an Kostgänger vom Rechtsschutz nicht ausgeschlossen seien und erzeige sich daher die Klage als unbegründet.

U. v. 8. Oktober 1868.

Zweites Hauptstück.

Von dem Eigenthum.

Erster Abschnitt.

Von dem Eigenthumsrecht, dem gemeinschaftlichen Eigenthum und von den Grenzen.

§§. 452—478.

155. Das Eigenthum umfaßt sowohl die Hauptsache als die Zubehörde (§. 453).

Siehe bezüglich dieses Grundsatzes die unter Nr. 149 angeführte Entscheidung.

156. Ein Haus wurde unter zwei Miteigenthümer in der Weise räumlich vertheilt, daß das untere Stockwerk dem einen und das obere dem andern eigenthümlich angehört. Es handelte sich nun um die Frage, ob jeder der beiden Hauseigenthümer über denjenigen Theil der Umfassungsmauer, welche sein Stockwerk begrenzt, frei verfügen dürfe oder ob die Umfassungsmauer als im ideellen Miteigenthum beider Hauseigenthümer stehend zu betrachten sei und daher vom einen nur mit Zustimmung des andern darüber verfügt werden könne.

Diese Streitfrage findet in unserer Gesetzgebung keine direkte Beantwortung. Der §. 474 des a. b. G., welcher von gemeinschaftlichen Mauern spricht, handelt nur von denjenigen, welche zwischen zwei Gebäuden als Scheidewand dienen und aus der damit in Zusammenhang stehenden Bestimmung des §. 477 daselbst, welche festsetzt, daß die Unterhaltung der Hauptmauern eines unter mehrern Eigenthümern vertheilten Hauses allen Eigenthümern nach Verhältniß des Werthes ihrer Antheile zur Last falle, kann ein sicherer Schluß auf das Miteigenthum an solchen Hauptmauern nicht geradezu hergeleitet werden. Die Lösung der Frage muß daher in der Natur der Sache selbst gesucht werden. — Wenn man nun in Betracht zieht, daß die Umfassungsmauer, als ein Ganzes betrachtet, das Eigenthum beider Hausantheilhaber umschließt, so ge-

langt man unschwer zu dem Schluß, daß sie auch dieser ihrer natürlichen Bestimmung zufolge als gemeinsames Eigenthum beider Hauseigenthümer angesehen werden muß, gleichviel, ob im Innern des Hauses eine räumliche Theilung, d. h. nach Stockwerken unter den Parteien stattgefunden hat oder nicht.

Die entgegengesetzte Auffassung, nämlich diejenige, daß Alles, was körperlich einen integrirenden Theil eines Hausantheils bilde, als Separateigenthum zu betrachten sei, würde hinsichtlich der Umfassungsmauer zu ganz naturwidrigen Konsequenzen führen und dem Wesen und der Bestimmung einer Umfassungsmauer als solcher widerstreben.

U. v. 5. Febr. 1867.

157. Balthasar, Jost und Kaspar Huber, Müllers von Jonen, lebten in Gütergemeinschaft und besaßen ein Wohnhaus mit einer Mühle, sodann andere Gebäulichkeiten und eine Reihe von Grundstücken. Die beiden erstern verlangten die Aufhebung der Gütergemeinschaft, traten als Kläger auf und stellten, darauf hinweisend, daß namentlich das Wohnhaus nicht theilbar sei, das Begehren: Die Theilung wolle, insoweit man sich im Laufe des Streites nicht vereinigen könne, im Sinne der §§. 466 und 467 des a. b. G. nach vorher eingeholtem Gutachten von Sachverständigen durch den Richter vorgenommen werden.

Der Beklagte stritt für eine reelle Theilung auch des Wohnhauses, indem er vortrug, daß dasselbe leicht in zwei Theile geschieden und dem dritten Miteigenthümer, nachdem ihm ein Bauplatz zur Erstellung einer Wohnung angewiesen sein werde, ein Gegenwerth, der ihm überdies noch gebühre, festgesetzt werden könne.

Der vom Beklagten bezüglich der Theilung des Wohnhauses eingenommene Standpunkt ist aber ein unhaltbarer. Die Kläger waren, weil zu zwei Drittheilen Miteigenthümer mit Bezug auf alle in der Gemeinschaft befindlichen Realitäten berechtigt, darauf zu dringen, daß einem jeden von ihnen sein Antheil in natura zugeschieden oder aber im Falle der Unmöglichkeit einer reellen Theilung die Veräußerung vorgenommen werde. Eine Theilung in dem Sinne zu verlangen, daß das Wohnhaus bloß in zwei Theile getheilt und dem dritten Miteigenthümer für seinen Anspruch am Hause ein Aequivalent ausgemittelt werde, war der Beklagte nicht befugt. U. v. 27. Jenner 1857.

158. §. 466 des a. b. G. schreibt vor: „Bei der Vertheilung einer gemeinschaftlichen Sache ist die Uebereinstimmung aller Miteigen-

thümer erforderlich. Können sich dieselben nicht vereinigen, so nimmt auf Begehren eines Theilhabers der Richter die Vertheilung vor."

Es ist daher völlig gerechtfertigt, wenn verlangt wird, daß, nachdem über die Grundsätze der Theilung kein Streit waltet, die Mitwirkung des Richters zur Vornahme der Theilung erst dann einzutreten habe, wenn die Parteien sich nicht einigen können. Das Bezirksgericht, welches einen Theilungsstreit entschied, huldigte dieser Auffassung, indem es in den Motiven seines Urtheils sich dahin aussprach, daß den Parteien, falls sie sich über die Ausführung der Theilung nicht einigen könnten, anheim gestellt bleiben müßte, dem mit der Theilung resp. mit dem Verkaufe sich befassenden Richter ihre Vorschläge zur Würdigung und nöthigenfalls zur Entscheidung vorzulegen. Das Bezirksgericht unterließ aber, das fragliche Moment auch in's Dispositiv aufzunehmen, wo dasselbe ebenfalls Ausdruck finden soll.

Von selbst versteht es sich, daß wenn die Parteien über die Ausführung der Theilung sich nicht zu einigen vermöchten, nicht ein neuer Prozeß, wie der Beklagte anzunehmen scheint, einzuleiten ist, sondern der Richter auf Anlangen der Parteien ohne weiteres in Ausführung des gefällten Urtheils seine Mitwirkung bei der Theilung wird eintreten lassen. U. v. 17. Februar 1870.

159. Der eine der beiden Miteigenthümer einer unvertheilten Scheune verlangte vermittelst der Klage Aufhebung dieser Gemeinschaft und zwar auf dem Wege des öffentlichen Verkaufes der Scheune, indem eine körperliche Theilung derselben schon prinzipiell unzulässig, dann aber auch den konkreten Verhältnissen gegenüber unthunlich erscheine.

Was nun vorab den prinzipiellen Standpunkt des Klägers anbetrifft, die Rechtsauffassung nämlich, daß ein Haus und namentlich eine Scheune ihrem Wesen nach zu den untheilbaren Sachen gehöre und schon aus diesem Gesichtspunkt das Klagbegehren sich als ein begründetes darstelle, so kann derselben mit Grund nicht beigepflichtet werden. Der §. 429 des a. b. G. bezeichnet zwar bloß solche Sachen als theilbar, welche ohne Zerstörung in „Theile zerlegt" werden können und es läßt sich allerdings ein Gebäude ohne Destruktion im engern Sinne des Wortes nicht „zerlegen".

Allein daß der Gesetzgeber diesem Ausdruck nicht die enge Bedeutung der Zerstörung der Cohärenz habe beigelegt wissen wollen, ergibt sich aus dem zweiten Lemma des citirten Paragraphen, den die Untheilbarkeit einer Sache an die Unzulässigkeit der Absonderung in einzelne Theile knüpft. Eine solche Absonderung ist aber bei Gebäuden nicht unbedingt ausgeschlossen, sondern richtet sich nach den im einzelnen

Fall gegebenen Verhältnissen. Das Gleiche gilt auch hinsichtlich der Scheunen. Wenn der Kläger in Bezug auf diese geltend macht, daß die Tenne ihrer Bestimmung nach eine Absonderung nicht gestatte und darum auch die Theilung des Ganzen ausschließe, so ist allerdings richtig, daß der landwirthschaftliche Betrieb zu Zeiten die Benützung der ganzen Tenne erheischt. Dies hindert aber nicht, sie dem Eigenthumsrechte nach zu trennen, sobald nur hinsichtlich der Benutzung die nöthigen Bestimmungen getroffen werden; mag auch dadurch die freie Verfügungsgewalt des einzelnen Theilhabers beschränkt werden, so wird dieser Nachtheil aufgewogen durch den Vortheil zeitweiser Benutzung fremden Eigenthums.

Bei dieser Auffassung geräth der Richter mit keiner Gesetzesbestimmung in Widerspruch und befindet sich dabei auch — was für unsere landökonomischen Verhältnisse von nicht geringer Bedeutung — auf dem Boden des praktischen Lebens. In Wirklichkeit befindet sich nämlich kaum eine Gemeinde in unserm Staatsgebiete, die nicht in obigem Sinne getrennte Häuser und Scheunen aufzuweisen hätte.

Deßhalb wurde denn auch dem Kläger der Beweis durch Sachverständige zugesprochen, daß die gemeinschaftliche Scheune entweder gar nicht oder doch nur mit beträchtlicher Verminderung des Werthes getheilt werden könne und zwar in der Weise, daß dem Kläger $^1/_3$ und dem Beklagten $^2/_3$ zugetheilt würden. U. v. 2. Dez. 1869.

160. Nachdem zwischen Grundstücken die Marken unbekannt geworden, führte der Eigenthümer des einen dieser Grundstücke eine Grenzbereinigungsklage, welche in erster Linie dahin schloß: Der Beklagte sei schuldig, zuzugeben, daß der Richter die Grenzen zwischen den beiden Grundstücken unter Beiziehung von Sachverständigen bezeichne, worauf dann auf Grundlage dieser Bezeichnung die Grundstücke auszumarchen seien.

In zweiter Linie und eventuell: Der Beklagte sei schuldig, zuzugeben, daß der Richter die Grenze der fraglichen Grundstücke unter Beiziehung von Sachverständigen und auf der Grundlage, wie sie in der Klage angegeben sich finde, bezeichne, worauf dann gemäß dieser Bezeichnung die Grundstücke auszumarchen seien.

Der Beklagte bestritt nun grundsätzlich den ersten Klagschluß, indem er darauf aufmerksam machte, daß der Kläger diesem Schluß zufolge die Feststellung der Grenzen rein dem richterlichen Ermessen anheimgeben wolle, *während der Richter durch sein Urtheil die faktischen und rechtlichen Grundlagen zu bestimmen habe,*

nach welchen die Grenzbezeichnung der Parteien stattfinden solle.

Betrachtet man den ersten Klagschluß, so wird eigentlich darin weiter nichts verlangt, als daß — was sich eben von selbst versteht — der Richter unter Beiziehung von Sachverständigen die Grenzen ausmittle und es liegt auf der Hand, daß mit dem Zuspruch dieses Begehrens für die Entscheidung des Grenzberichtigungsstreites gar nichts gewonnen ist, weil der Richter erst in einem folgenden Verfahren, wo es sich dann wirklich um Festsetzung der Grenzen selbst handelt, sich über die Grundlagen, woraufhin diese bestimmt werden sollen, aussprechen könnte. Hieraus folgt, daß es im Falle nicht genügt, wenn, wie der erste Klagschluß verlangt, entschieden wird, die Parteien haben zuzugeben, daß der Richter die streitige Grenze bestimme, sondern daß es nothwendig sei, daß der Richter schon jetzt festsetze, auf welcher Grundlage die Grenzbezeichnung vorzunehmen sei, ob auf der vom Kläger oder auf der vom Beklagten vorgeschlagenen. U. v. 19. Dez. 1862.

Zweiter Abschnitt.

Von der Einschränkung des Eigenthums.

§§. 479–488.

161. Das bürgerliche Recht, §. 481 des a. b. G., statuirt eine gesetzliche Dienstbarkeit in dem Sinne, daß niedriger gelegene Grundstücke von denjenigen, welche höher gelegen sind, das Wasser aufnehmen müssen, welches nach seinem natürlichen Laufe von denselben abfließt.

Es wollte nun durch Beweis erstellt werden, daß der durch bauliche Reparaturen geregelte und veränderte Lauf von Wasser gemäß den Terrainverhältnissen als der natürliche, der vorher bestandene dagegen als der künstliche sich erzeige. Offenbar ist eine solche Beweisführung nach dem Sinne jener Vorschrift nicht gestattet. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der bisherige, ohne Zuthun von Menschenhand vorhanden gewesene Zustand als der natürliche erscheint, während jede Veränderung desselben, auch wenn sie noch so rationell sein sollte, im Sinne des Gesetzes als eine künstliche betrachtet werden muß, die sich der Eigenthümer des niedriger gelegenen Grundstückes nicht ohne weiters gefallen zu lassen verpflichtet ist.

U. v. 2. Juli 1862.

162. Der Eigenthümer eines Hauses führte gegen den Eigenthümer des nachbarlichen Hauses folgende Klage: Die beklagte Partei habe im December 1857 einen ihr eigenthümlichen Raum durch Erweiterung einer Laube überbaut und sei mit dieser Laube seinem Eigenthum näher gerückt, als es §. 482 des a. b. G. gestatte, weßhalb er schließe: die beklagte Partei sei richterlich zu verurtheilen, mit dem neuen Anbau, welchen sie hinter ihrem Hause angebracht habe, sechs Fuß von der Grenze des klägerschen Eigenthums zurückzuweichen und demnach denjenigen Theil dieses neuen Anbaues, der in diesen Raum von sechs Fuß von der klägerischen Grenze an falle, zu entfernen.

Der Beklagte hielt der Klage nebst andern Einwendungen auch die entgegen: der Kläger habe die fraglichen Bauveränderungen ohne Einspruch ausführen lassen und durch das stillschweigende Zusehen bei der Ausführung des Baues auf ein allfälliges Einspruchsrecht verzichtet; §. 482 statuire nämlich nicht eine Dienstbarkeit zu Gunsten des nachbarlichen Eigenthums, sondern blos ein Einspruchsrecht (jus prohibitionis) des Nachbars, welches als durch Verzicht erloschen zu betrachten sei, wenn es nicht sofort, d. h. beim Beginne des Baues geltend gemacht werde.

Anlangend die rechtliche Natur des §. 482 des a. b. G., so wird dadurch in Wahrheit eine Dienstbarkeit geschaffen. Alle Bestimmungen dieses Abschnittes, in welchem §. 482 steht, beschränken durch positive Vorschriften das an und für sich freie und ungeschmälerte Eigenthumsrecht des einen Nachbars zu Gunsten des liegenschaftlichen Eigenthums des andern. Alle diese Eigenthumsbeschränkungen erscheinen als dingliche, am Grundstück haftende gesetzliche Dienstbarkeiten und nicht blos als dem Nachbar gewährte persönliche Einspruchsrechte. Für den Verlurst auf Seite des Berechtigten und für die Freiheitseroberung auf Seite des Pflichtigen gelten also die ordentlichen Fristen, welche im IV. Hauptstück des Obligationenrechts für die erwerbende und erlöschende Verjährung bestimmt sind, d. h. es gilt die Verjährungsfrist von 10 Jahren.

Hätte der Gesetzgeber die in den §§. 479—492 aufgestellten Eigenthumsbeschränkungen nicht als Dienstbarkeiten, sondern als bloße, dem Nachbar eingeräumte Einspruchsrechte ansehen und dafür nicht die im Hauptstück von der Verjährung bestimmten Fristen gelten lassen wollen, so würde er, um unvermeidliche Verwirrung und Rechtsunsicherheit zu verhüten, nicht unterlassen haben, andere bestimmte Fristen zur Geltendmachung dieser Einspruchsrechte festzusetzen. U. v. 24. Sept. 1859.

163. Vom Eigenthümer eines Hauses wurde an der Seite desselben und zwar unter dem Dache eine Laube mit Abtritt angebracht. Der Nachbar protestirte gegen den Bau und verlangte, unter Hinweisung auf §. 482 des a. b. G., zufolge welchem Gebäude auf neuen Baustellen nur in einer Entfernung von wenigstens 6 Fuß von der nachbarlichen Grenze aufgeführt werden dürfen, vermittelst der Klage die Beseitigung des Anbaues.

Da die Distanz zwischen dem Anbau und dem Lande des Klägers wirklich nicht 6 Fuß betrug, so war die entscheidende Frage die, ob der Platz unter dem Dache des Hauses als eine neue Baustelle zu betrachten sei.

Ueber diese Frage ergab sich:

Der Beklagte halte die Ansicht fest, daß die Laube, weil sie unter dem Dache seiner schon längst bestehenden Gebäulichkeit erstellt worden und nirgends über den Dachvorsprung derselben hinausragt, keineswegs auf einer neuen, sondern auf einer alten Baustelle errichtet worden sei. Allein diese Ansicht sei nicht haltbar. Wenn der Gesetzgeber in der Vorschrift des §. 482 des a. b. G. sich des Ausdruckes „Baustelle" bediene, so könne er hiebei nach dem grammatischen Sinne dieses Wortes nur jene Fläche im Auge haben, auf welche ein Gebäude gestellt werde, welche demzufolge die Grundlage, das Fundament des Gebäudes bilde. Es falle daher nach Mitgabe der genannten Ausdrucksweise nur jener Platz unter den Begriff einer alten Baustelle, auf welchem eine Gebäulichkeit wirklich gestanden habe und sei jede Räumlichkeit, welche außerhalb der Basis und Einfassung (den Mauern oder Wänden) der Gebäulichkeit liege, folglich auch der Platz, auf welchem die Laube stehe, nach dem Wortlaute des Gesetzes als eine neue Baustelle anzusehen.

U. v. 25. September 1861.

164. Bis zum Jahr 1836 befand sich auf der Stelle, auf welcher im Jahr 1869 eine Mauer aufgeführt werden wollte, ein Gebäude und deßhalb muß diese Stelle als eine alte Baustelle betrachtet werden, so daß §. 482 auf dieselbe nicht anwendbar erscheint.

Es wird zwar eingewendet, seit 1836 sei kein Gebäude mehr auf dem Platze gestanden, ein solches also weder zur Zeit des Beginnes des versuchten Neubaues, noch 10 Jahre von demselben rückwärts gerechnet, noch auch zur Zeit des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzes vorhanden gewesen; infolge dieses langen Zeitablaufes habe die Stelle ihren Charakter als alte Baustelle verloren.

Die einzige Thatsache jedoch, daß die Baustelle seit 1836 nicht mehr als solche benutzt worden, kann ihren rechtlichen Charakter als alte Bau-

stelle nicht zerstören, resp. keine erlöschende Verjährung begründen; denn das Gesetz schreibt in §. 854 des a. b. G. vor, daß dingliche Rechte durch die bloße Unterlassung der Ausübung nicht verloren gehen. Daß man es aber hier mit einem dinglichen Rechte zu thun hat, kann im Ernste nicht bezweifelt werden, sobald man sich vergegenwärtigt, daß die Befugniß auf dem eigenen Grund und Boden unbeschränkt bauen zu dürfen, ein Ausfluß des Eigenthumsrechts selbst sei.

U. v. 14. April 1870.

165. Der beabsichtigte Höherbau eines Gebäudes wollte vom Nachbar durch ein Verbot verhindert werden, welchem derselbe die Bestimmung des §. 482 des a. b. G. zu Grunde legte.

Die ausdrücklichen Erklärungen des die Aufhebung des Verbots verlangenden Klägers, sowie der Augenschein sprachen nun aber mit aller Bestimmtheit dafür, daß hier nicht von einem Bau auf einer neuen Baustelle, sondern lediglich von einem Höherbau auf der bisherigen alten Baustelle, von der Erhöhung der schon längst bestandenen östlichen Seite der Umfangmauer der Gebäulichkeit die Rede sei.

Der Beklagte macht nun freilich geltend, daß in dem Luftraum, in welchen der Höherbau reiche, sich bisher noch kein Gebäude befunden habe. Auf ein solches Verhältniß bezieht sich aber die angerufene Gesetzesstelle nicht. Dem Wortlaut dieser Stelle zufolge ist der Höherbau eines bereits vorhandenen Gebäudes nicht verboten und muß es daher erlaubt sein, den Kubikinhalt eines Gebäudes zu vergrößern, insofern dadurch dessen horizontale Ausdehnung nicht verändert wird.

Der Beklagte glaubt aber, das Recht, den Höherbau zu verwehren, durch verjährten Besitzstand erworben zu haben, indem er anführte, daß seit länger denn 10 Jahren kein solcher Bau, wie er nun ausgeführt werden wolle, bestanden habe. Dagegen kommt aber §. 854 des a. b. G. in Betracht, wornach das diesfällige Baurecht des Klägers, das als Ausfluß seines Eigenthums zu betrachten ist, durch Nichtausübung nicht verloren gegangen; von einer Acquisitivverjährung zu Gunsten des Beklagten könnte nur dann gesprochen werden, wenn der jetzt bewerkstelligte Höherbau schon vor 10 Jahren hätte versucht werden wollen, der Kläger aber vom Beklagten daran verhindert worden wäre.

U. v. 18. Jenner 1871.

§§. 489—496.

166. Hinsichtlich der Bestimmung in §. 489 des a. b. G., daß Zwerg- und Geländerbäume nur in einer Entfernung von

2 Fuß von der Grenze gepflanzt werden dürfen, wurde behauptet, daß dieselbe auch auf eine Rebenpflanzung Anwendung finde.

In dieser Richtung läßt sich nicht eine absolut gültige Entscheidung treffen. Es ist nämlich nicht zu bestreiten, daß der Weinstock gleich wie Geländerbäume gepflanzt werden kann und in diesem Falle muß auch die bezügliche Gesetzesbestimmung auf denselben Anwendung haben, weil dann ein Weinstock für das nachbarliche Grundstück die gleichen nachtheiligen Folgen, resp. Unbequemlichkeiten mit sich bringt, wie ein anderer Zwergbaum. Im concreten Falle handelte es sich aber um Weinstöcke, welche in Reihe stehen und alle Frühlinge wieder zurückgeschnitten werden, so daß nicht von einem auch nur kleinen Zwergbaum gesprochen werden kann.

Wenn das Bezirksgericht in seinem als nichtig angefochtenen Urtheile auf solche von einem Zwergbaum sehr verschiedenen Weinstöcke die Vorschrift des §. 489 nicht anwendbar erachtete, so beging es keine offenbare Gesetzesverletzung, weil der Weinstock im angeführten Paragraphen nicht genannt ist und es daher dem Richter anheimfällt, zu entscheiden, ob der Weinstock in die Kategorie der Zwerg- oder Geländerbäume gehöre.

U. v. 1871.

167. Leonz Frei, Schmid von Dorfmuri, hob gegen Burkart Räber von Benzenschwil eine Klage an des Inhalts: Er besitze ein Grundstück, welches an die Matten des Beklagten stoße; hart an der Grenze desselben habe der Beklagte auf seinen Matten eine circa 80 Schritt lange Erlenpflanzung angelegt und die Absicht, hochstämmige Bäume wachsen zu lassen, kund gegeben, indem er seit 1. Mai 1850 größere Setzlinge in die Erlensaat gepflanzt habe. Gegen diese Pflanzung rufe Kläger den Schutz §. 489 des a. b. G. an und anerbiete durch Zeugen zu beweisen, daß da, wo die Erlenpflanzung stehe, vorher seit Menschengedenken, seit 50 Jahren weder Erlen, noch andere Waldung, sondern Mattenland gewesen.

Der Beklagte erwiderte, daß sich an fraglicher Stelle seit unvordenklicher Zeit Erlen befunden, daß vor mehr als 10 oder 20 Jahren schon dort solche gefällt und daß namentlich in den Jahren 1847 und 1848 die gleiche Stelle mit Erlenpflänzlingen übersetzt gewesen und dergleichen damals verkauft worden seien, wofür er sich auf Beweis durch Zeugen berufe.

Bezüglich des klägerschen Begehrens, das dahin ging, der Beklagte sei mit der Erlenpflanzung auf die Distanz von 20 Fuß zurückzuweisen, wurde befunden:

§. 489 des a. b. G. laute: „Hochstämmige Bäume, welche nicht

Obstbäume sind und Nußbäume dürfen nur in einer Entfernung von 20 Fuß u. s. w. von der Grenze gepflanzt werden. Diese Bestimmung findet bei Waldungen, welche geschlagen oder ausgerodet, aber ferner forstwirthschaftlich betrieben werden, keine Anwendung." Die Regel des erwähnten §. fände nun auf die gepflanzten hochstämmigen Waldbäume — die streitigen Erlen — allerdings ihre Anwendung und müßten dieselben entfernt werden, insofern sie nämlich seit der Erscheinung des II. Theils des a. b. G., also seit dem 1. Mai 1850 in einer Entfernung von weniger als 20 Fuß vom klägerschen Grundstück gepflanzt werden. Beide Parteien haben nun Beweis angetragen, der Kläger dafür, daß an fraglicher Stelle nie Erlen gewesen, der Beklagte, daß daselbst schon seit unverdenklicher Zeit sich Erlen befunden, schon vor mehr als 20 Jahren solche gefällt worden ꝛc. Die Beweislast sei nun aber auf Seite des Beklagten, der geltend mache, daß die Erlen schon vor Einführung des II. Theils des Civilgesetzes an genannter Stelle vorhanden gewesen. Der Kläger habe lediglich den mit dem bestehenden Gesetz unverträglichen Zustand darzuthun. Wenn der Beklagte behaupte, daß ein Zustand, trotzdem er dem Gesetz zuwiderlaufe, dennoch seine Berechtigung habe, so gestalte sich diese Behauptung zu einer selbstständigen Einrede, welche er eben zu beweisen habe. Würde der Beklagte nur nachweisen, daß die Erlensaat vor jener Zeit bestanden, daß er sie aber bloß zur Pflanzung von sog. Setzlingen benutzt habe, so wäre dann selbstverstanden sein Beweis nicht als gelungen zu betrachten. U. v. 14. Jenner 1856.

168. Nach der Bestimmung §. des 493 des a. b. G. kann der Eigenthümer eines Grundstückes, welches keine freie Zu- und Abfahrt hat, gegen volle vorherige Entschädigung das zur freien Benützung nöthige Wegrecht über die Grundstücke seiner Nachbarn fordern. Wird das Begehren um Einräumung eines solchen Rechts grundsätzlich anerkannt und handelt es sich nur um Ausmittlung der diesfälligen Entschädigung, so fallen die Kosten der letztern demjenigen auf, der das Wegrecht in Anspruch nimmt, eben weil von ihm volle Entschädigung geleistet werden muß. U. v. 22. Sept. 1858.

169. Heinrich Müller und Heinrich Finsterwald von Stilli, als Eigenthümer einer auf dem Ufer der Aare im Dorfe Stilli stehenden Scheune, zu der sie nur ein auf die Zeit der Heu- und Fruchterndte beschränktes Fahrrecht über den Platz neben den Wohnhäusern der Nachbarn besaßen, verlangten von den letztern, auf die Bestimmungen der

§§. 493 und 494 des a. b. G. gestützt, die Einräumung eines unbeschränkten Wegrechts zu Gunsten ihrer Scheune.

Die §§. 493 und 494 des a. b. G., auf welchen das Klagbegehren beruht, enthalten folgende Bestimmungen: „Der Eigenthümer eines Grundstückes, welches keine freie Zu- und Abfahrt hat, kann gegen volle vorherige Entschädigung das zur freien Benutzung nöthige Wegrecht über die Grundstücke seiner Nachbarn fordern. Dieser Weg ist in möglichster Kürze mit einem offenen Weg in Verbindung zu setzen und auf die für die betreffenden Grundstücke unschädlichste Weise zu bestellen". Singuläre Gesetzesvorschriften, wie die von den Einschränkungen des Eigenthums, dürfen nun nicht in ausdehnendem Sinne ausgelegt werden und kann also im Fragefall dem Ausdrucke „Grundstück" kein anderer Sinn zukommen, als der in der spezifischen Bedeutung des Wortes liegende. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch wird nun aber unter Grundstück nur eine zu landwirthschaftlicher Benutzung dienende Fläche verstanden, weßhalb das klägersche Begehren, das auf ein Wegrecht zur freien Benutzung einer Scheune, nicht des bloßen Grundstücks, worauf dieselbe sich befindet, hinzielt, wegen Mangels eines gesetzlichen Grundes als unstatthaft erscheint. U. v. 11. Februar 1856.

170. Mit diesem Entscheide steht im Einklang ein Erkenntniß vom 10. August 1865, woselbst gesagt wird: Durch §. 493 des a. b. G. werde zu Gunsten der Agrikultur eine ausnahmsweise Berechtigung für den Besitzer eines Grundstücks festgestellt. Das Grundstück allein werde als das Subjekt bezeichnet, zu dessen Gunsten das Recht in Anspruch genommen werde könne. Jede Ausnahmsbestimmung von der gesetzlichen Regel müsse strenge interpretirt und dürfe ihr nicht ein über ihren Wortlaut hinausgehender Sinn gegeben werden. Die Befugniß, zu Gunsten eines Gebäudes ein solches Wegrecht über das Grundstück des Nachbars zu verlangen, könne daher aus jener Gesetzesvorschrift nicht gefolgert werden.

Dritter Abschnitt.

Von der Erwerbung des Eigenthums.

§§. 497—511.

171. Die §§. 504—507 handeln von Bauten, die auf fremdem Grunde erstellt werden. Vgl. den Fall unter Nr. 3, der nach diesen Bestimmungen, namentlich nach §. 507, beurtheilt wurde.

172. Im März 1870 sollte ein Quantum Wein gepfändet werden. Der Schuldner der betriebenen Forderung und Eigenthümer des Weines, J. W., machte dem Vollstreckungsbeamten die Mittheilung, daß der Wein bereits im Jenner 1870 veräußert worden sei. Bald darauf, am 2. Juni 1870, fiel der Schuldner in den Geldstag, in welchem der Käufer des Weines das Eigenthum an demselben geltend machte.

Zur Rechtfertigung des Eigenthums, namentlich der Thatsache, daß die Tradition stattgefunden, wurde behauptet: Der Käufer des Weines und Eigenthumsansprecher habe mit dem Eigenthümer des Kellers, in welchem sich der Wein befunden, einen Miethvertrag abgeschlossen; J. W., der bisherige Miether des Kellers, sowie dessen Eigenthümer haben vor der Pfändung dem Vindikanten die Schlüssel zum letztern übergeben, welcher sodann dieselben einem Dritten eingehändigt habe, mit dem Auftrage, dasjenige, was bezüglich des Weines nöthig falle, zu besorgen.

Ist diese Behauptung richtig, so muß angenommen werden, daß die Tradition des Weines wirklich erfolgt sei, denn die hier erwähnten Thatsachen schließen eine noch vor der Pfändung stattgefundene Uebergabe und Uebernahme des verkauften Weines im Sinne von §. 510 des a. b. G. in sich. In der Miethung des Kellers, worin der Wein gelegen und in der Uebergabe der Schlüssel in angegebener Weise liegt nämlich nicht eine bloß symbolische Tradition, wie das Bezirksgericht annimmt, sondern eine wirkliche Einräumung des Besitzes, wodurch der bisherige Eigenthümer geradezu von der Verfügung über das Verkaufte ausgeschlossen und diese Verfügung dem neuen Eigenthümer überlassen wird. Es hieße dem Leben und dessen Bedürfnissen Gewalt anthun, wenn hierin nicht eine wirkliche und förmliche Tradition gefunden und vielmehr verlangt werden wollte, daß die fraglichen Objekte von der neuen Eigenthümerin auch körperlich hätten behändigt werden müssen. Dem gesetzlichen Begriff der rechtlichen Uebergabe und Uebernahme wird vollkommen Genüge geleistet, wenn eine solche Handlung vorgenommen wird, wodurch die Objekte der körperlichen Einwirkung des bisherigen Besitzers entzogen und der Herrschaft des neuen Besitzers unterworfen werden, was hier, wenn das Anbringen auf Wahrheit beruht, im vollsten Maße der Fall gewesen. U. v. 9. November 1871.

173. Eine Feuerversicherungsgesellschaft wurde um Vergütung eines Brandschadens belangt. Die Gesellschaft widersetzte sich dieser Klage, indem sie die Erlöschung ihrer Haftpflicht behauptete, gestützt auf folgende Bestimmung des Versicherungsvertrages: „Wenn während

der Versicherungsdauer irgend etwas eintritt, was die ursprünglichen Angaben im Versicherungsantrage derart verändert, daß dadurch die Feuergefährlichkeit vermehrt wird, wenn ein Wechsel des Eigenthümers der versicherten Gegenstände in andern als Erbschaftsfällen stattfindet.... so ist der Versicherte verbunden, der Gesellschaft hievon sofort Anzeige zu machen und letztere berechtigt, die Fortdauer der Versicherung eventuell gegen eine Zusatzprämie zu genehmigen oder die Versicherung gegen Rückzahlung des verhältnißmäßigen Prämientheils für die noch verbleibende Versicherungsdauer mittelst einer einfachen Benachrichtigung ganz aufzuheben.... Ein Schaden, welcher stattfindet, bevor die Gesellschaft bei Eintreten der erwähnten Veränderungsfälle in die Fortdauer der Versicherung willigt, wird nicht vergütet."

Unbestrittenermaßen war nun 3 Tage vor dem betreffenden Brandfall über den Versicherten der Geldstag erkennt worden. Es behauptete nun die beklagte Gesellschaft: Mit der Geldstagserkenntniß sei ein Wechsel des Eigenthümers eingetreten, indem das Eigenthum der versicherten Fahrhabe auf die Konkursmasse, eventuell auf die Gesammtheit der Gläubiger übergegangen und da eine Fortdauer des Vertrages zwischen der neuen Eigenthümerin und der Versicherungsgesellschaft nicht stipulirt worden, so falle eine Schadenersatzpflicht der letztern dahin.

Der Streit konzentrirte sich demzufolge in der Frage: Ob mit dem Konkurserkenntniß über den Versicherten ein Wechsel des Eigenthümers der versicherten Gegenstände stattgefunden habe?

Diese Frage wurde dahin beantwortet: Der Uebergang des Eigenthumsrechts von einem Eigenthümer auf einen andern setze voraus, daß diesem „Andern" die Eigenschaft eines Rechtssubjekts inne wohne, daß er die Fähigkeit habe, Rechte zu erwerben, ansonst von einer Eigenthumsübertragung von vorneherein nicht die Rede sein könne. Wenn also die Beklagte behaupte: durch das Geldstagserkenntniß gehen die bisherigen Eigenthumsrechte des Kridars auf die „Konkursmasse" über, so müsse dieser Masse die Qualität eines Rechtssubjekts, einer juristischen Person, zukommen; allein diese Voraussetzung treffe keineswegs zu. Zur Kreirung einer juristischen Person genüge nicht jede beliebige juridische Fiktion, sondern ihre Existenz erfordere gemäß §. 19 des a. b. G. die Anerkennung seitens des Staates resp. des Gesetzes; umsonst sehe man sich aber in unserm positiven Rechte nach einer Bestimmung um, wodurch der Geldstagsmasse der Charakter einer juristischen Person, eines Rechtssubjektes, verliehen wäre. Gegen eine solche Annahme spreche aber auch die Natur der Sache. Dieser zufolge bilde die Konkursmasse nichts mehr und nichts weniger als das Exekutionsobjekt der Gelds-

tagsgläubiger. Ein Wechsel des Eigenthümers in dem Sinne, daß das Eigenthum an der fraglichen Fahrhabe mit dem Geldstagserkenntniß auf die „Konkursmasse" übergegangen wäre, liege demzufolge nicht vor und es frage sich daher weiter, ob, wie die Beklagte in zweiter Linie geltend mache, das Eigenthum an die „Gesammtheit der Gläubiger" übergegangen, m. a. W. die Fahrhabe mit dem Geldstagserkenntnisse gemeinsames Eigenthum der sämmtlichen Gläubiger des Geldstagers geworden. Allein auch hier habe man es wieder mit einer juridischen Fiktion zu thun, die vor der Kritik nicht Stand halte.

In der Erkennung des Geldstages liege die Erklärung des Konkursgerichtes, daß der Schuldner sich außer Stand befinde, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, daß dessen Vermögen amtlich ermittelt, der Verfügung des Geldstagers entzogen und veräußert werde und daß diejenigen Gläubiger, welche an dem Erlöse partizipiren wollen, sich bei der Konkursbehörde melden mögen. Hieraus folge, daß nicht, wie die beklagtische Anschauung es mit sich brächte, schon mit dem Geldstagserkenntnisse jeder Gläubiger eo ipso anspruchs- oder gar eigenthumsberechtigt an der Masse werde, sondern daß — abgesehen von den Grundpfandsberechtigten — nur diejenigen Ansprüche auf das geldstagliche Vermögen erwerben, welche innert der Eingabefrist darum einkommen, daß somit, falls überhaupt von der „Gesammtheit der Gläubiger" als einem „Rechtssubjekte" gesprochen werden könnte, dieses erst nach geschlossenem Anmeldungstermine sich gestalten würde, also zur Zeit des Geldstagserkenntnisses noch nicht bestünde, geschweige denn Eigenthumsrechte zu erwerben im Stande wäre. Aus jener Bedeutung des Konkurserkenntnisses folge aber weiter, daß dasselbe den Geldstager wohl der Verfügungsgewalt, nicht aber des Eigenthumsrechtes entkleide, daß dies vielmehr erst dann eintrete, wenn die geldstaglichen Vermögensobjekte in Folge der auf die Konkursbehörde übergegangenen Dispositionsbefugniß liquidirt, d. h. an Dritte veräußert würden.

Von einem Eigenthumserwerb durch die Konkursmasse könne auch deßhalb nicht gesprochen werden, weil die Erfüllung der Bedingungen mangle, die der Eigenthumserwerb nach §§. 509 und 510 des a. b. G. voraussetze. U. v. 16. April 1868.

174. Im Juni 1866 wurde auf erfolgte Bestellung ein Ballot Tuchwaaren von Zürich nach Aarau versendet; der Waarenlieferung ging eine Faktur voraus, worin der Passus sich findet, daß die Waare auf Rechnung und Gefahr des Empfängers per Bahn, Station Aarau, franko Zürich verschickt werde. Der Versender verlangte nun vom Empfänger Bezahlung mit der Behauptung, daß dieser die Faktur

ohne Reklamation behalten und das erhaltene Ballot geöffnet, wodurch er das Recht der Rücksendung verwirkt habe.

Der Beklagte gab die Waarenbestellung zu, anerkannte auch, eine Faktur des besagten Inhalts empfangen und das angelangte Ballot geöffnet zu haben; dagegen machte er geltend, daß er die Waare zurückgesandt und zur Rücksendung berechtigt gewesen, weil die Waare durch Schnitte oder Stiche gänzlich verdorben gewesen und der Bestellung nicht entsprochen habe.

Da an der Verdorbenheit der Waare nicht gezweifelt werden konnte, so ist nur übrig, zu untersuchen, ob dem Beklagten durch das Entgegennehmen der Faktur und durch das Oeffnen des Ballots das Recht auf Rückbietung verloren gegangen. Die von daher entstehende Frage muß nun entschieden verneint werden. Der Passus in der Faktur: „Sende Ihnen für Ihre werthe Rechnung und Gefahr —" enthält eine ganz einseitig hinzugefügte Vertragsbedingung, welche ohne ausdrückliche Anerkennung ab Seite des Empfängers nicht zum wirklichen Vertragsabschluß gelangen konnte. Uebrigens enthält die Faktur auch den Passus: „Reklamationen werden nur berücksichtigt, wenn solche innert 14 Tagen gemacht werden." Der Beklagte reklamirte nun schon am ersten Tage nach Empfang der Waare resp. stellte dieselbe wegen Verdorbenheit zur Disposition und gab also zu erkennen, daß er jener Bedingung, die Sendung erfolge auf seine Gefahr, nicht zustimme.

Sind sonach keine besondern Verabredungen vorhanden, so müssen die gesetzlichen Bestimmungen maßgebend sein. §. 511 des a. b. G. besagt nun: „Uebersendete Sachen werden erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Erwerber empfangen hat." Die Uebernahme resp. der Empfang besteht nun aber in der Besitzergreifung der Waare, die mit der Absicht verbunden ist, dieselbe als Eigenthum zu behalten; denn die klägersche Anschauung, es müsse aus der Oeffnung eines Ballots und aus der Besichtigung der Waare auf deren Annahme geschlossen werden, ist unbegründet.

Nach §. 675 beginnt für den Käufer Nutzen und Schaden erst mit der Uebergabe, wenn nichts anderes bedungen ist. Aus dieser Bestimmung folgt, daß der Käufer die Gefahr resp. den Schaden bis zur Uebergabe zu tragen habe. Es kommt natürlich nicht darauf an, ob die Beschädigung in einem Zufall oder im Verschulden eines Dritten seinen Grund habe. Daraus ergibt sich weiter, daß für den Käufer der Vertrag unverbindlich ist, wenn die Waare vor der Uebergabe wesentlich beschädigt worden. Es erhellt dies aber auch aus §. 676 des a. b. G., der lautet: „Wird der Kaufsgegenstand vor der Uebergabe

durch Zufall wesentlich beschädigt, so hat der Käufer das Recht, vom Vertrage zurückzutreten." U. v. 26. Juni 1867.

§. 512.

175. Als ein Grundstück, dessen Veräußerung am 4. Febr. 1861, Nachmittags, stattgefunden, dem Käufer zugefertigt werden sollte, hatte F. F., welcher behauptete, das gleiche Grundstück am Vormittag des erwähnten 4. Februar gekauft zu haben, bei der Fertigungsbehörde eine Beschwerde gegen die beabsichtigte Zufertigung eingereicht, in welcher er sich am Ende dahin aussprach: „Der Unterzeichnete hat ältere Rechte als der zweite Käufer und ist daher im Falle, gegen die angesetzte Fertigung so lange zu protestiren, bis er von Seite des Verkäufers die unterm 4. Februar erkauften Liegenschaften zugefertigt erhalten hat oder auf andere Weise befriedigt worden ist; die Fertigungsbehörde würde im Falle der Nichtbefolgung gegenwärtiger Einsprache für allen dem Unterzeichneten daraus entstehenden Schaden verantwortlich gemacht." — Die Fertigungsbehörde gab dieser Protestation keine Folge und fertigte am 23. Februar 1861 den fragl. Kaufvertrag.

F. F. verlangte nun vermittelst einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde über das Fertigungswesen Aufhebung dieser Fertigung, allein ohne Erfolg. Allerdings liegt es in der Natur und dem Wesen des den Gerichtsbehörden gesetzlich übertragenen Aufsichtsrechts über das Fertigungswesen, ungesetzliche Verhandlungen der Fertigungsbehörde als ungültig aufzuheben, allein im Falle mangelt der Nachweis eines gesetzlichen Grundes zur Aufhebung der Fertigungsverhandlung. In Folge der Beschwerde, die von F. F. gegen die Fertigungsbehörde erhoben worden, kann nicht über allfällige Rechte eines Dritten, desjenigen, dem das Grundstück zugefertigt worden, erkennt werden. Welche rechtliche Wirkung der Protestation zuerkannt werden darf, ist nicht vom Standpunkte des Aufsichtsrechts aus und von Amtswegen zu untersuchen, sondern lediglich eine unter den Betheiligten auf dem bürgerlichen Rechtswege auszutragende Frage; im Vordergrunde stehen nämlich privatrechtliche Ansprüche, die unabhängig von der stattgefundenen Fertigung erörtert und beurtheilt werden können. U. v. 3. Juli 1861.

176. Es ist allgemein feststehender Grundsatz und folgt auch aus der Natur der Sache, daß die Uebergabe und Uebernahme einer unbeweglichen Sache von den Kontrahenten in verbindlicher Weise vor der Fertigungsbehörde erklärt werden muß. Zur Gültigkeit der Uebertragung von Eigenthum an unbeweglichem Gut ist daher die An-

wesenheit der Vertragschließenden, welche die fragliche Erklärung jeweils abzugeben haben, bei der Fertigungsverhandlung nothwendig. U. v. 14. April 1862; ferner U. v. 4. März 1864.

177. Ein um ein Haus und Zubehörde abgeschlossener Kaufsvertrag, welcher dem Gemeinderath zur Fertigung vorgelegt wurde, enthielt folgende Stelle:

„Dem Käufer wird das Recht eingeräumt, von dem beim noch besitzenden Hause des Verkäufers fließenden Brunnen, welcher ihm, dem Verkäufer, zur Hälfte gehört, das nöthige Wasser nehmen zu können, wogegen aber derselbe die Unterhaltungspflichten des Verkäufers zur Hälfte zu übernehmen hat. Zu diesem Recht gehört auch das Zu- und Vongangsrecht auf der Abendseite beim Brunnen. Auch das Benutzungsrecht des Abwassers nach Mitgabe des Erwerbsaktes wird dem Käufer überlassen."

Unter Bezugnahme auf diese Stelle verweigerte der Gemeinderath die Fertigung und rechtfertigte seine Weigerung dahin: „Der fragliche Brunnen gehöre nur zur Hälfte dem Verkäufer und zwar als Eigenthümer des gegenwärtig noch von ihm besessenen Hauses; die Hälfte davon stehe andern Berechtigten zu und unter solchen Umständen sei er nicht befugt, ohne Mitwirkung der Miteigenthümer über den Brunnen zu verfügen und einem Dritten das Recht einzuräumen, nach Bedürfniß bei demselben Wasser zu holen und das Abwasser desselben ihm ganz zu überlassen."

Man hatte sich darüber auszusprechen, ob der Gemeinderath unter obwaltenden Verumständungen verhalten werden könne, die Fertigung vorzunehmen.

In dieser Beziehung fand man:

Es stehe fest, daß der Brunnen mehreren Miteigenthümern angehöre, dagegen behaupte der Verkäufer, daß er das Brunnen- und Abwasserrecht für das seinem Mitkontrahenten verkaufte Haus verjährungsweise erworben habe und daß zudem durch die Fertigung des Kaufes andere Dritte, die Miteigenthümer des Brunnens, in ihren Rechten nicht gefährdet würden. Prüfe man nun, ob unter solchen Umständen die Fertigungsbehörde verhalten werden könne, den fraglichen Kauf mit dem bezüglichen Passus zu fertigen, so müsse dieses verneint werden. Zwar sei richtig, daß die Behörde durch Vornahme der Fertigung sich unter obwaltenden Verhältnissen keine Verantwortlichkeit zuziehen würde, weil durch den betreffenden Passus die Rechte Dritter nicht berührt werden können und sie auch nach keiner Gesetzesvorschrift dem Käufer für das mit dem Haus eingefertigte Brunnenrecht

zu haften hätte. Allein wenn die Fertigung eine Bedeutung haben und die Fertigungsbehörden nicht zu todten Maschinen herabgewürdigt werden sollen, so müsse es vor Allem in der Pflicht der letztern liegen, zu untersuchen, ob die die Fertigung eines Kaufsvertrages nachsuchenden Parteien auch die Befugniß haben, über das Vertragsobjekt zu disponiren. So wenig daher eine Fertigungsbehörde gezwungen werden könne, einen Kauf um Liegenschaften zu fertigen, wenn der Verkäufer sich nicht als alleiniger Eigenthümer auszuweisen vermöge, ebenso wenig dürfe dieses geschehen, wenn der Verkäufer sich zwar über das Eigenthum ausweise, aber zu Gunsten der verkauften Liegenschaft eine auf der Sache eines Dritten haften sollende Servitut übertrage, ohne entweder durch das Fertigungsprotokoll selbst oder durch besondere Bescheinigung der Eigenthümer der dienenden Sache nachweisen zu können, daß die Servitut wirklich auf der letztern laste. U. v. 1. August 1863.

178. Am 11. April 1861 wurde nachstehender, zwischen den Brüdern Xaver und Joseph Voser von N. einerseits und dem dritten Bruder Johann Voser anderseits abgeschlossener Vertrag der gemeinderäthlichen Fertigung unterstellt:

1. Die Gebrüder Xaver und Joseph Voser übernehmen den sogenannten Rütihof, den alle drei Brüder von Herrn Brem in Baden gekauft haben, mit allen darauf haftenden Schulden und Beschwerden.
2. Nebst Uebernahme der auf dem Kaufsobjekt haftenden Schulden, die mit der Kaufsrestanz Fr. 44000 betragen hätten, verpflichten sich die Auskäufer, d. h. die Brüder Xaver und Joseph, ihrem Bruder Johann eine Auskaufssumme von Fr. 8500 herauszuzahlen, unter näherer Angabe der Zahlungsweise.
3. Mit dieser Auskaufssumme begnügt sich der ausgekaufte Johann Voser und überläßt den Rütihof seinen gedachten zwei Brüdern zum Eigenthum.
4. Ferner überläßt Johann Voser den zwei Brüdern das sog. Gehäus im Dorf, nebst dem Antheil Spirkeller mit Fidel Verz unvertheilt, welche Realität der Vater Joseph Voser bei Wegfertigung seines Hauses vorbehalten, sowie den Steinbruch sammt Steinhauerwerkgeschirr und an mehreren Stücken unvertheilten Holzboden.
5. Johann Voser verzichtet ferner auf die Fertigungsguthaben an N. N., seien dieselben zu Gunsten der Contrahenten oder zu Gunsten des Vaters Joseph Voser gestellt und überläßt sie seinen zwei Brüdern, wogegen dann dem Johann Voser das Schmiedwerkgeschirr sammt Schmiedbuchguthaben überlassen bleibt.
6. Die Gebrüder Xaver und Joseph Voser verpflichten sich, ihren Vater

in gesunden und kranken Tagen zu erhalten und zu verpflegen und ihn mit Speis, Trank und Kleidung zu besorgen, allfällige Arzt- und Apothekerkosten zu bezahlen und ihn nach dem Tode christlich beerdigen zu lassen.

7. Die Liegenschaften werden mit Nutzen und Beschwerden übergeben, bleiben aber für die Auskaufssumme des Johann Voser nach den darauf haftenden Kapitalien Haft und Pfand bis zur gänzlichen Abzahlung.

Als Schlußsatz ist im Fertigungsakt beigefügt: Dem also wie vorsteht zu sein und Folge zu leisten haben die Contrahenten sowie der Vater als mit diesem Vertrag einverstanden gebührend angelobt.

Es entsteht nun die Frage, ob die Brüder Xaver und Joseph Voser durch diesen gefertigten Vertrag das Eigenthum an dem in Nr. 4 erwähnten Steinbruch und Holzland, welche Liegenschaften bisher dem Joseph Voser, Vater, angehörten, erlangt haben.

Als Contrahenten nennt der Vertrag ausdrücklich nur die Brüder Xaver und Joseph Voser, Sohn, einer — und Johann Voser anderseits. Der Vertrag ist als Auskaufsvertrag bezeichnet, d. h. als eine Vereinbarung, wodurch die zwischen den Contrahenten bestehenden bisherigen Rechtsverhältnisse und Ansprüche geregelt werden sollten und der eine derselben, Johann Voser, seine Ansprüche am gemeinsamen Rütihof seinen Brüdern gegen eine bestimmte Abfindungssumme überließe. Zugleich hatte Johann Voser in Artikel 4 seinen Brüdern unter anderm den Steinbruch sammt Steinhauergeschirr zugesagt. Es versteht sich nun von selbst, daß durch diese Zusage von Seite des Johann Voser an seine Brüder den Eigenthumsrechten des Vaters an fraglichem Steinbruche nicht vorgegriffen wurde und daß Johann Voser an Xaver und Joseph Voser nur insofern Eigenthumsrechte übertragen konnte, als er selbst solche besessen. Es ist nun nicht nachgewiesen, daß Johann Voser das Eigenthum auf gesetzlichem Wege (§. 512 des a. b. G.) erworben und war er deßhalb auch nicht in der Lage, dasselbe an seine zwei Brüder abzutreten. Johann Voser gab allerdings seinen Brüdern die Zusicherung, daß er sich aller dereinstigen Rechtsansprüche auf die fraglichen Gegenstände für die Zeit, als dieselben ihm zufallen würden, schon jetzt begebe; dadurch ist aber das Eigenthum des Vaters am Steinbruch nicht verloren gegangen und wenn die Brüder Xaver und Joseph Voser sich im 6. Art. verpflichten, ihren Vater zu erhalten und zu verpflegen, so wird dadurch nur ein Rechtsverhältniß zwischen den Contrahenten Xaver und Joseph Voser einer — und Johann Voser anderseits begründet, resp. dem letztern von seinen Brüdern jede diesfällige Obliegenheit abgenommen.

Wenn man einwenden will, es habe am 11. April 1861 eine „Doppelfertigung" stattgefunden, d. h. eine Fertigung des Verpfründungsvertrages, wodurch der Vater gegen gewisse Prästationen seine Liegenschaften an die Söhne, dann der Sohn Johann wieder an seine zwei Brüder übertragen, so ist dieser Einwand nicht begründet; eine solche Doppelfertigung ist unförmlich und gesetzwidrig und stände im schneidendsten Widerspruch mit §. 967 des a. b. G., wonach Verpfründungsverträge öffentlich bekannt zu machen sind, ein Schuldenruf über den Pfründnehmer ausgeschrieben und für die angemeldeten Forderungen Sicherheit geleistet werden soll, was alles im Falle nicht stattgefunden. Dieser Betrachtung kann durch den Umstand, daß am Schlusse des Fertigungsauszuges gesagt wird: es hätten die Contrahenten sowie der Vater als mit diesem Vertrag einverstanden angelobt — ihr Gewicht nicht genommen werden; dadurch, daß der Vater mit dem unter seinen Söhnen errichteten Vertrag sich einverstanden erklärt, wird der Vertrag selbst kein anderer, indem die Ratihabition bloß bestehende Rechte bekräftigt, aber nicht neue schafft. Die Genehmigung durch den Vater macht diesen weder zum Contrahenten, noch überträgt sie unter den wirklichen Vertragsschließenden andere oder weitere Rechte, als der betreffende Vertrag innerhalb derjenigen Grenzen übertragen kann, die das Gesetz selbst gezogen hat. U. v. 2. Juli 1864.

§§. 513—518.

179. Der Klage auf Anerkennung des Fußwegrechts, zu dessen Begründung sich auf den Rechtstitel der Verjährung berufen wurde, versuchte der Beklagte mit der Einwendung zu begegnen, daß bei der Zufertigung des dienenden Grundstücks der fraglichen Dienstbarkeit nicht Erwähnung gethan, dieselbe also auf ihn nicht übertragen worden, jedoch ohne Erfolg.

Der §. 514 des a. b. G. enthält zwar die Vorschrift, daß die auf einer unbeweglichen Sache haftenden Beschwerden mit dem Eigenthum der Sache zu übertragen und zu übernehmen und im öffentlichen Buche anzumerken seien. An die Nichtbeachtung dieser Vorschrift ist aber keineswegs das Erlöschen der nicht übertragenen Beschwerden geknüpft, vielmehr geht aus §§. 515 und 516 des a. b. G. deutlich hervor, daß die nicht übertragenen Beschwerden zu Gunsten des Berechtigten, oder die Dienstbarkeiten zu Gunsten des herrschenden Grundstücks fortbestehen, indem der Uebernehmer wegen der unterlassenen Anzeige solcher Beschwerden von dem Uebertragenden je nach der Natur derselben entweder die Aufhebung des Vertrages oder Entschädigung verlangen kann. Es

giebt daher die Vorschrift des §. 514 dem Uebertragenden nur das Mittel an die Hand, wodurch er sich gegen die Entschädigungsansprüche des Uebernehmers oder gegen die Aufhebung des Vertrages schützen kann.

U. v. 23. Jenner 1858.

180. F. F. hatte dem J. G. ein circa 3 Jucharten haltendes Stück Ackerland abgekauft, ohne daß ihm bei Eingehung des Vertrages eine auf dem Grundstück haftende Dienstbarkeit der Brunnenleitung angezeigt worden. Unter Hinweisung auf §. 516 des a. b. G. brachte er an, daß ihm wegen Richtanzeige der auf der Liegenschaft ruhenden unablöslichen Beschwerde das Recht zustehe, entweder Aufhebung des Vertrages oder aber Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. Er wählte das letztere und verlangte vom Verkäufer eine Entschädigung von Fr. 600, worauf das Bezirksgericht erkannte: Es sei durch den angerufenen richterlichen Augenschein der Minderwerth, welchen der fragliche Acker wegen Belastung mit der erwähnten Servitut der Brunnenleitung habe, zu ermitteln und festzustellen.

Der Beklagte (der Verkäufer) erhob den Einwand, daß der Kläger schon vor dem Vertragsabschlusse von dem Vorhandensein der fraglichen Beschwerde hinlängliche Kenntniß gehabt habe, wie dies als selbstverständlich angesehen werden müsse, da drei auf dem gekauften Grundstück befindliche Brunnenstuben das Dasein einer Brunnenleitung offenkundig an den Tag legen und anerbot den Beweis hiefür durch Augenschein und Sachverständige.

Allein dieser Einwand muß, so sehr die Natur der Sache für dessen thatsächliche Richtigkeit spricht, an der Hand des Gesetzes als ein unstichhaltiger erklärt werden. Aus den Vorschriften der §§. 514, 515 und 516 des a. b. G. geht hervor, daß bei Uebertragung des Eigenthums an Liegenschaften die Anzeige von darauf lastenden Beschwerden unbedingt vorgeschrieben ist und daß von dieser allgemeinen Vorschrift für Beschwerden, welche stärker und leichter in die Augen fallen, als andere, keine Ausnahme besteht. Dem Gesetzgeber wäre es nahe gelegen gewesen, über Grunddienstbarkeiten, die durch eine körperliche Einrichtung, wie z. B. eine Wasserleitung, wahrnehmbar sind, eine besondere Bestimmung in das Gesetz niederzulegen; indem er dies nicht gethan, hat er unzweideutig seinen Willen dahin kund gegeben, daß die Beschwerde unbedingt, ob leicht erkennbar oder nicht, angezeigt werden müsse.

U. v. 16. Jenner 1865.

181. Der Käufer einer Liegenschaft, der zur Mitwirkung bei der Fertigung verhalten werden wollte, widersetzte sich der letztern mit der

Behauptung, daß auf dem Kaufsobjekte unablösliche Beschwerden und Dienstbarkeiten ruhen, die ihm beim Kaufsabschlusse nicht angezeigt worden und daß die Unterlassung einer diesfälligen Anzeige nach §§. 514, 516 und 662 des a. b. G. ihm, dem Käufer, das Recht gebe, entweder Entschädigung oder Aufhebung des Vertrages zu verlangen, indem er beifügte, daß er die letztere Alternative wähle und sein Recht in der Form der Einrede geltend mache.

Dieser Auffassung gegenüber war der Verkäufer der Ansicht, daß er zu einer speziellen Angabe der auf dem Kaufsobjekt haftenden Lasten nicht verpflichtet gewesen, weil der Beklagte versprochen habe, alle auf der verkauften Liegenschaft ruhenden Beschwerden ohne weiters zu übernehmen, da Art. 4 der Steigerungsbedingungen folgendermaßen lautet: „Uebernimmt der Käufer alle auf dem verkauften Gut haftenden Lasten und Beschwerden, sowie Nutzen und Schaden."

Allein diese ganz allgemeine und unbestimmte, bestehender Dienstbarkeiten gar nicht erwähnende und wie nach einem gegebenen Formulare fast in allen Kaufstiteln sich wiederholende Stelle kann eine spezielle Anzeige der einzelnen Lasten und Beschwerden und der Qualität bestehender Servituten nicht ersetzen, sie genügt keineswegs der gesetzlichen Vorschrift des §. 516 des a. b. G. und hat den Verkäufer der Pflicht nicht enthunden, statt nur im Allgemeinen auf Lasten und Beschwerden hinzuweisen, diese genau und einzeln zu bezeichnen und dem Käufer zur Kenntniß zu bringen. U. v. 22. September 1869.

182. Als es sich um die Fertigung eines Liegenschaftskaufes handelte, erhob der Käufer die Einwendung, daß auf dem gekauften Grundstück eine unablösliche Last hafte, daß nämlich über dasselbe ein stets offener und öffentlicher Fußweg sich hinziehe, welcher jedermann und namentlich den Ortsbewohnern zum Gebrauche diene und forderte die Aufhebung des Vertrages im Sinne des §. 516 des a. b. G.

Dagegen ließ sich der Kläger in seiner Replik in erster Linie dahin vernehmen: Der Beklagte sei vor allem pflichtig, den Vertrag zu erfüllen; wenn nach geschehener Zufertigung des Vertragsgegenstandes Dienstbarkeiten auf demselben in Anspruch genommen und als eine wirklich darauf ruhende Last nachgewiesen werden, alsdann erst finde sich der Käufer in der Lage, von dem Rechte des Regresses gegen den Verkäufer und Gewährsmann Gebrauch zu machen und Entschädigung oder Aufhebung des Vertrages zu verlangen.

Diese Ansicht ist jedoch weder in der Natur der Sache, noch in einer gesetzlichen Bestimmung begründet, vielmehr läßt sich aus der Vorschrift des §. 516 des a. b. G. folgern, daß der Verkäufer schon beim

Vertragsabschlusse dem Käufer von den auf dem Kaufsobjekte ruhenden unablöslichen Beschwerden Kenntniß zu geben habe und daß der Käufer, falls dies unterlassen worden, in der Lage sich befinde, den Vertrag als für ihn unverbindlich darzustellen und sich der Fertigung desselben zu widersetzen.

Der Kläger wies dann aber in der Replik darauf hin, daß der Eigenthümer des nachbarlichen Grundstückes die urkundliche Erklärung abgegeben, daß er den erwähnten öffentlichen Weg auf sein Land verlegen lassen wolle, wodurch das im Kaufe enthaltene Grundstück von der Dienstbarkeit des Fußsteigs befreit werde, wenn eine solche je darauf geruht habe. Dieses Anbringen kann nun nicht, wie dies vom Beklagten geschehen, als eine unstatthafte replikantische Neuerung angesehen werden. Sie bildet gegenüber der antwortlich angebrachten Schutzbehauptung, daß der Kläger diese Beschwerde nicht angezeigt habe, eine eigentliche Replik und zwar in dem Sinne, daß die fragliche Beschwerde von dem Kaufsobjekt abgelöst worden und nicht mehr existire.

Die Einwendung des Beklagten gegen die Verbindlichkeit des Kaufvertrages wurde daher auf Grund jener urkundlichen Erklärung als unstichhaltig verworfen und demselben die Pflicht auferlegt, zur Fertigung des Kaufes Hand zu bieten. U. v. 21. Oktober 1870.

183. Joseph Wetli in der Schür zu Berkon verkaufte das mit seinem verstorbenen Bruder Karl Joseph gemeinschaftlich besessene Heimwesen an Burkard Gehrig in Berkon um Fr. 3000 und ließ ihm dasselbe am 23. November 1854 zufertigen. Später wurde von einem gesetzlichen Erben der Brüder Wetli dieser Vertrag angefochten mit der Behauptung, daß dem Verkäufer Joseph Wetli, der das Recht auf das fragliche Heimwesen aus einem von ihm und dem Bruder Karl Joseph gemeinsam errichteten Testament herleite, nach Inhalt dieses Testaments blos die Nutznießung des Heimwesens zustehe und er deßhalb zu dessen Veräußerung nicht befugt gewesen.

Der Beklagte erhob die Einrede, daß der Kauf gefertigt und klägerischerseits gegen die Fertigung keine Einwendung geltend gemacht worden, mithin das Auftreten des Klagetheils als ein verspätetes sich darstelle.

Allein diese Einrede wurde als eine unbegründete von der Hand gewiesen und zwar in Würdigung des §. 518 des a. b. G., welcher lautet: „Ist der rechtliche Erwerbungsgrund, infolge dessen die Eintragung in das öffentliche Buch stattgefunden hat, ungültig, so wird die Ungültigkeit durch diese Eintragung nicht gehoben.“ Dieser Gesetzes-

vorschrift zufolge hat also die Fertigung dem Beklagten kein besseres Recht gegeben, als er vor derselben besessen.

Der Vertrag wurde denn auch, da die Ansicht die Oberhand gewonnen, daß das Testament dem Beklagten wirklich nur die Nutznießung gewähre, als ungültig aufgehoben. U. v. 13. März 1856.

§§. 519—521.

184. Mit dem Ableben des kinderlosen Ehemannes N. N. erhielt dessen Frau die eine Hälfte seines Nachlasses als Eigenthum und die andere Hälfte zur lebenslänglichen Benutzung, das Eigenthum an der zweiten Hälfte fiel zwölf Geschwistern des Erblassers zu. In der Verlassenschaft befand sich nun eine Matte, welche die Ehefrau mit Einwilligung ihrer nächsten Verwandten und der erbberechtigten Verwandten ihres Mannes verkaufte. Der Gemeinderath, dem der Vertrag zur Fertigung vorgelegt wurde, verlangte, daß dieser letztern der Ausweis vorangehe, daß *keiner der Eigenthümer für eine Schuldforderung betrieben oder rechtlich belangt* sei.

Dieses Verlangen des Gemeinderathes findet im Gesetze und zwar in den §§. 519 und 520 des a. b. G. seine Unterstützung.

Das Eigenthum an dem Vermögen des Erblassers gehört dessen Ehefrau und dessen Geschwistern und zwar der erstern zur einen und den letztern zur andern Hälfte und befindet sich die verkaufte Wiese, da die Ansprüche der einzelnen nicht ausgeschieden sind, im Miteigenthum aller Erbberechtigten und ist es deßhalb Pflicht des Gemeinderathes bei Wegfertigung des Grundstückes bezüglich der angetriebenen Schulden der Erben — seien es solche der *Ehefrau*, seien es solche von *Geschwistern des Erblassers* — im Sinne des §. 519 des a. b. G. zu verfahren. Die *Verkäuferin* ist zwar der Ansicht, daß die Geschwister ihres Mannes noch nicht Eigenthümer der Hälfte seines Nachlasses geworden, sondern bloß einen Anspruch oder eine Anwartschaft auf die Hälfte des Werthes der Verlassenschaft besitzen, so daß der überlebende nutznießungsberechtigte Gatte bis zu seinem Tode Eigenthümer der einzelnen im Nachlasse befindlichen Vermögensstücke verbleibe. Allein diese Auffassung widerspricht dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes. Die zweite Hälfte fällt gemäß §§. 901 und 882 des a. b. G. den Verwandten des Erblassers mit dessen Hinscheid an und mit dem Anfalle werden sie Eigenthümer der fraglichen Verlassenschaftshälfte. U. v. 27. Jenner 1860.

185. Vom Gläubiger einer Forderung von Fr. 250 wurde gegen den Schuldner am *30. August 1856* Betreibung angehoben. Am

10. September darauf ließ der letztere sämmtliche Liegenschaften wegfertigen, ohne daß die betriebene Forderung bezahlt, oder angewiesen, oder sicher gestellt worden. Aus diesem Grunde wurde vom Gläubiger beim Bezirksgericht das Begehren gestellt, daß die fragliche Fertigung als ungültig und der Gemeinderath für den verursachten Schaden verantwortlich erklärt werde.

Die Fertigungsbehörde suchte ihr Verfahren durch den Umstand zu rechtfertigen, daß der Gläubiger unterlassen habe, nach erfolgter gesetzlich vorgeschriebener Kundmachung der Fertigung seine Forderung anzumelden.

Nach §. 520 des a. b. G. müssen nun allerdings, wenn jemand seine sämmtlichen Liegenschaften veräußert, alle Forderungen am Verkäufer, die infolge der Ausschreibung der Fertigung geltend gemacht worden, und sonach zur Kenntniß der Fertigungsbehörde gelangt sind, bezahlt, angewiesen oder sicher gestellt werden. Daß aber angetriebene Forderungen, um angewiesen, bezahlt oder sicher gestellt zu werden, infolge einer öffentlichen Bekanntmachung der Fertigungsverhandlung auch noch angemeldet werden müssen, ist nirgends vorgeschrieben; auch wäre eine solche Vorschrift in der That seltsam und überflüssig, denn der den Schuldner betreibende Gläubiger hat sich ja schon bei kompetenter Stelle um Bezahlung gemeldet und es muß daher die angetriebene Forderung nach §. 519 des a. b. G. bei jeder Fertigung schon als angemeldet betrachtet werden.

Die angefochtene Fertigung wurde demgemäß als ungültig aufgehoben. U. v. 25. September 1857.

186. Mehreren Söhnen und Töchtern wurde von den Eltern eine mit Schulden belastete Erbschaft hinterlassen. Einer der Söhne stellte nun die schriftliche Erklärung aus, daß er von seinem Vater bei dessen Lebzeiten mehr Vorschüsse an baarem Gelde erhalten, als sein Antheil am elterlichen Erbe betrage und daß er daher auf jede weitere Beerbung und jede Betheiligung an der Erbschaft verzichte.

Drei andere Söhne hatten dann die ganze Hinterlassenschaft ihrer Eltern übernommen und die übrigen Geschwister von dem Erbe ausgekauft. Die Fertigungsbehörde erklärte, diesen Erbübernahms- und Auskaufsvertrag nur unter der Bedingung fertigen zu wollen, daß auch die betriebenen persönlichen Schulden desjenigen Sohnes, der bei Lebzeiten des Vaters seinen Antheil am Erbe vorempfangen und deßhalb auf jede weitere Beerbung verzichtet hatte, auf dem erbschaftlichen Grundeigenthume überbunden werden. Das Bezirksgericht, dem die

Angelegenheit zur Entscheidung vorgelegt wurde, bestätigte die Anschauung der Fertigungsbehörde als eine richtige.

Diese letztere ging von der Ansicht aus, der ausgewiesene Sohn sei, obwohl er mehr vorausempfangen, als sein Erbtheil betrage, gleichwohl Erbe und damit auch Miteigenthümer der in der Erbschaft inbegriffenen Gebäude und Grundstücke geworden und könne nun seinen Antheil daran nicht durch einfachen Verzicht auf seine Miterben übertragen, sondern dieses erheische eine förmliche Fertigung, wobei aber die Vorschriften der §§. 519 und 520 l. c. zu beachten, also alle angemeldeten Schulden des genannten Sohnes zu überbinden seien. Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Nach §. 866 des bürgerl. Gesetzbuches ist der erwähnte Sohn allerdings neben seinen Geschwistern Erbe seiner Eltern geworden und zufolge §. 870 l. c. in alle Rechte und Verbindlichkeiten der elterlichen Verlassenschaft eingetreten. Allein hieraus folgt nicht nothwendig, daß er auch etwas aus der Erbschaft anzusprechen habe; denn der §. 985 des a. b. G. schreibt vor: „Der gesetzliche Erbe hat dasjenige, was er von dem Erblasser als Aussteuer oder in einer andern Weise auf Rechnung des Erbtheiles erhalten hat, sich bei der Theilung anrechnen zu lassen" und giebt damit die Möglichkeit zu, daß ein Erbe schon vor Anfall der Erbschaft seinen Erbtheil bezogen haben könne. Kommt es in einem solchen Falle dann zur Theilung der wirklich angefallenen Erbschaft und ergiebt es sich, daß ein Erbberechtigter ebenso viel oder mehr voraus empfangen als sein Erbtheil beträgt, so muß er sich nach der klaren Vorschrift des citirten §. 985 eine Anweisung auf die Vorempfänge gefallen lassen und kann er auf das vorhandene Vermögen keinen Anspruch mehr erheben.

Der mehrerwähnte Sohn hat nun eine Erklärung ausgestellt, daß er wirklich auf Rechnung seines Erbtheils zum Voraus mehr erhalten, als ihm gebühre und wenn er noch beigefügt, daß er deßhalb keinen Erbtheil mehr anspreche, so hat er etwas ausgesprochen, was sich als nothwendige Konsequenz aus dem §. 985 von selbst versteht. Denn wenn er sich das Vorempfangene anrechnen lassen muß, so erscheint er eben für seinen Antheil vollständig ausgewiesen und konnte er von dem vorhandenen erbschaftlichen Vermögen nichts mehr in Anspruch nehmen.

Durch den Anfall der Erbschaft an den fraglichen Sohn ist das für ihn allerdings entstandene Miteigenthum in Folge der Anrechnung der Vorempfänge wieder eo ipso aufgehoben worden und seine Geschwister erscheinen berechtigt, das ganze von ihren Eltern hinterlassene Vermögen zu behändigen und unter sich zu theilen, ohne auf jenen irgend welche Rücksicht zu nehmen. Der ausgewiesene Sohn erscheint daher bei dem Theilungs- resp. Auskaufsvertrag gar nicht als mit-

verhandelnd und es kann deßhalb auch die Fertigungsbehörde nicht darauf dringen, daß die betriebenen Sonderschulden desselben bei der Fertigung jenes Vertrages überbunden werden. U. v. 20. Sept. 1860.

187. Eine Theilung von Liegenschaften, welche von den Miteigenthümern vorgenommen worden, wurde aus dem Grunde als ungültig angegriffen, weil die Fertigung nicht öffentlich ausgeschrieben, somit der Vorschrift des §. 20 des a. b. G. nicht Genüge gethan worden sei.

Die Voraussetzungen des citirten §. 520 sind nun aber im Falle nicht zutreffend. Allerdings ist dann, wenn jemand den größern Theil seiner Liegenschaften veräußert, die öffentliche Bekanntmachung zur Gültigkeit der Fertigung unerläßlich, allein das Gesetz setzt voraus, daß in einer solchen Verfügung des Eigenthümers über seine Liegenschaften eine wirkliche Veräußerung enthalten sei. Es kann auch durch eine Theilung Vermögen veräußert werden. Dies wird beispielsweise der Fall sein, wenn die Theilung so bewerkstelligt wird, daß ein Antheilhaber sein ideelles Miteigenthumsrecht gänzlich oder zum Theil zu Gunsten des andern aufgiebt und dafür entweder bloß eine Auskaufssumme oder einen geringern Antheil erhält, als er nach der Realtheilung anzusprechen hat. Hier findet eine wirkliche Veräußerung, d. h. ein Aufgeben eines Eigenthumsanspruchs zu Gunsten eines Andern statt und die Vorschrift des §. 20 kommt — falls die übrigen Voraussetzungen vorhanden — alsdann zur Anwendung.

Anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle. Die Theilung war eine vollständige Realtheilung, d. h. die Eigenthümer hatten die gemeinsamen Liegenschaften so unter einander vertheilt, daß jeder einen gleichen körperlichen Antheil zum Alleineigenthum erhielt und wurde daher weder vom Einen zu Gunsten des Andern ein Theil des Eigenthums aufgegeben, noch erlitt das Eigenthumsrecht des einzelnen Kontrahenten seinem Werth und Wesen nach eine Veränderung, außer die, daß jeder so viel körperlich ausgeschieden erhielt, als sein ideeller Eigenthumsanspruch betrug.

Bei dieser Sachlage kann in der stattgefundenen Theilung eine Veräußerung nicht erblickt werden und erscheint daher die Vorschrift des §. 520 des a. b. G. nicht anwendbar. U. v. 6. Februar 1867.

188. Maximilian Erdin von Gansingen hatte einige Grundstücke, jedenfalls den geringern Theil seiner Liegenschaften, veräußert. Infolge der vom Gemeinderath ohne rechtlichen Grund angeordneten Publikation der Fertigungsverhandlung wurde unter Anrufung des §. 520

und des §. 777 des a. b. G. Ueberbindung oder Sicherstellung einiger vom Verkäufer eingegangener Bürgschaftsverbindlichkeiten anbegehrt, worauf der Gemeinderath die Vornahme der Fertigung verweigerte.

Eine deßhalb vom Verkäufer gegen den Gemeinderath beim Bezirksgericht geführte Beschwerde glaubte die letztere Behörde abweisen zu sollen, da eine zwischen dem Beschwerdeführer und den Bürgschaftsansprechern obwaltende Streitsache vorliege, die nur auf dem Civilrechtswege ausgetragen werden könne.

Die Auffassung des Gerichts wäre nun unzweifelhaft die richtige, wenn eine auf gesetzliche oder überhaupt rechtliche Gründe gestützte Protestation gegen die Fertigung vorhanden wäre. In diesem Falle könnte aus dem Gesichtspunkte der Oberaufsicht über das Fertigungswesen die Streitfrage nicht entschieden, den privatrechtlichen Ansprüchen der Betheiligten nicht vorgegriffen werden. Allein in vorliegendem Falle verhält sich die Sache anders. Die Fertigungsbehörde selbst bezeugt, daß von Erdin der kleinere Theil seiner Liegenschaften veräußert worden und ist deßhalb §. 777 des a. b. G. auf den Fall nicht zutreffend. Die Beschwerde gegen die Fertigung muß demgemäß sofort als unwirksam erklärt werden. U. v. November 1871.

189. Gegen die Betreibung einer Forderung, welche am 16. August 1867 eingeleitet wurde, versetzte der Schuldner einen Rechtsdarschlag. Infolge dessen machte der Gläubiger eine Klage gegen den letztern anhängig, der aber am 23. August 1869 den Abstand vom Prozeß erklärte. Der Gläubiger suchte hierauf die Exekution nach und wurde das bezügliche Begehren dem Schuldner am 2. September 1869 eröffnet. Inzwischen, am 30. August 1869, veräußerte der Schuldner seine Liegenschaften und ließ sie an den Käufer wegfertigen, ohne daß jedoch die Forderung des Klägers auf das Kaufsobjekt überbunden oder sichergestellt worden wäre.

Als bald darauf der Schuldner in den Geldstag fiel, stellte nun der Gläubiger vor dem Konkursrichter das Begehren, der erwähnte Kaufvertrag sei, da die Anweisung oder Sicherstellung seiner Forderung bei der Fertigung unterlassen worden, als ungültig und die fraglichen Liegenschaften seien als Bestandtheil der Konkursmasse zu erklären.

Der Gläubiger berief sich zur Unterstützung seiner Vorkehr auf die §§. 519, 520 und 521 des a. b. G. und in der That rechtfertigen diese Bestimmungen das vor dem Konkursrichter ans Recht gesetzte Begehren; denn durch den Rechtsdarschlag und die Anhebung des Rechtsstreites wurde die Betreibung keineswegs aufgehoben und hätte daher

§. 519 des a. b. G. Berücksichtigung finden, d. h. für die Ueberbindung ꝛc. der betriebenen Forderung gesorgt werden sollen.

U. v. 13. Dezember 1870.

190. Infolge einer durch das aarg. Amtsblatt erlassenen Kundmachung, daß A. M. den größern Theil seiner Liegenschaften wegzufertigen gedenke, wurde vor dem zur Fertigung angesetzten Tage eine Forderung an den Verkäufer bei der Fertigungsbehörde angemeldet und für den Fall, daß die bloße Anmeldung nicht beachtet werden dürfte oder müßte, die Betreibung des Schuldners anbegehrt. Da der Gemeinderath die Fertigung vornahm, ohne daß die angemeldete Forderung bezahlt, angewiesen oder auf andere Weise sicher gestellt wurde (§. 520 des a. b. G.), der Schuldner bald darauf in den Geldstag fiel und die Forderung, die daselbst geltend gemacht worden, in Verlurst gerieth, so klagte der Gläubiger gegen den Gemeinderath auf Ersatz des bei der Fertigung nicht berücksichtigten und im Geldstag des Schuldners verloren gegangenen Betrages.

Der Gemeinderath erwiderte unter Anderm, daß der Schuldner nur den kleinern Theil seiner Liegenschaften veräußert habe, mit dem Beifügen, daß aus diesem Grunde die allerdings stattgefundene Kundmachung der Fertigung gesetzlich nicht geboten gewesen, und daher der Kläger aus dieser Kundmachung gegen die Fertigungsbehörde auch keine Rechte herleiten könne.

Das obergerichtliche Erkenntniß spricht sich dahin aus: Infolge der Ausschreibung der Fertigung sei dem Kläger das Recht erwachsen, Anweisung seiner Forderung zu verlangen; es sei übrigens auch nicht bewiesen, daß nicht der größere Theil der Liegenschaften verkauft worden. Sodann wäre die Fertigungsbehörde schon gemäß §. 529 zur Anweisung oder anderweitigen Obsorge für die klägersche Forderung verpflichtet gewesen, da der Kläger, wie bereits erwähnt worden, eventuell sofortige Betreibung des Schuldners verlangt habe und deßhalb das Betreibungsbegehren dem Gemeinderath vor der Fertigungsverhandlung bekannt gewesen. U. v. 8. April 1858.

Drittes Hauptstück.

Von den Dienstbarkeiten.

Erster Abschnitt.

Von den Dienstbarkeiten im Allgemeinen und den Grunddienstbarkeiten im Besondern.

§. 522.

191. N. N., welcher einen bei seinem Hause befindlichen Brunnen besitzt, brachte klagend an: Dieser Brunnen werde aus einer Dohle hergeleitet, welche eines seiner in der Nähe gelegenen Grundstücke durchziehe. Das dieser Dohle zufließende Wasser rühre namentlich auch von dem obenanstoßenden Grundstück des Beklagten her, so daß sein Brunnen vom Wasser aus der beklagtischen Liegenschaft genährt werde. Der Beklagte, der ebenfalls einen Brunnen besitze, habe nun in der Absicht das Wasser des letztern zu vermehren, begonnen, einen Stollen in diese seine, des Beklagten, Liegenschaft zu treiben und seitdem habe des Klägers Brunnen an Wassermenge im gleichen Grade ab-, wie der des Beklagten zugenommen. Der Kläger, welcher behauptete, durch Verjährung ein Recht auf das aus dem beklagtischen Grundstück herfließende Wasser erworben zu haben, verlangte Herstellung des frühern Zustandes des Brunnens nebst Schadensersatz und Beseitigung der neuen Dohle des Beklagten.

Der Beklagte war der Ansicht, durch die Erstellung des Stollens habe er nicht in das Rechtsgebiet des Klägers eingegriffen, einen rechtlichen Anspruch auf das Wasser aus dem beklagtischen Grundstück habe der Kläger nicht, da das fragliche Wasser ohne irgendwelches Zuthun des Klägers seiner Brunnenleitung zugeflossen und dieser auf dem Acker des Beklagten durchaus keine Vorkehren getroffen habe, welche den Charakter der Ausübung eines Rechts auf Zuleitung solchen Wassers an sich trügen.

Allein diese Ansicht des Beklagten ist rechtlich nicht haltbar. Dadurch, daß auf dem Grundstück des Klägers eine Dohle erstellt und daselbst das Wasser gefaßt worden, hat von Seite des letztern eine Be-

sitzeshandlung stattgefunden, deren Wirkung sich dorthin erstreckt, von wo das dieser Dohle zufließende Wasser herkommt, so daß diese Besitzeshandlung als in diesen Acker hineinreichend anzusehen ist. Das Recht auf das Wasser aus dem beklagtischen Grundstück konnte daher durch Verjährung erworben werden, auch wenn in jenem Grundstück selbst keine Einrichtung getroffen worden, um das Wasser dem Brunnen des Klägers zuzuführen.

Hat der Kläger das Recht auf das fragliche Wasser wirklich ersessen, so ist zu seinen Gunsten eine Servitut auf dem Grundstück des Beklagten entstanden und zwar im Sinne des §. 522 des a. b. G., welcher lautet: „Das Recht, vermöge dessen jemand angehalten werden kann, auf seiner Sache zum Vortheil eines Andern etwas zu dulden oder zu unterlassen, begründet eine Dienstbarkeit."

Dieser Bestimmung zufolge giebt es Dienstbarkeiten, deren Wesenheit darin besteht, daß jemand verpflichtet ist, auf seiner Sache zu Gunsten eines dritten etwas zu *unterlassen* und als eine solche Servitut erweist sich die vom Kläger geltend gemachte. U. v. 26. September 1863.

192. Zwischen den Gemeinden Auenstein und Rupperswil waltete ein Servitutenstreit. Die Gemeinde Auenstein stellte nämlich die Behauptung auf, daß Bürger und Einwohner von Auenstein und aus der Umgegend, welche von dort aus nach Rupperswil und zurückgegangen, während mehr als 10 Jahren ununterbrochen in jeder durch die Lokalverhältnisse gebotenen Richtung, jedoch auf die dem dienenden Grundstück am wenigsten schädliche Weise, das (mit Verbot belegte) Schachenland der Gemeinde Rupperswil überschritten haben, sei es um an das jenseitige Aarufer, oder aber von diesem letztern nach Hause zu gelangen.

Die Gemeinde Auenstein anerbot hiefür Beweise zu erbringen, die der Richter auch als erheblich erklärte, sich auf die Erwägung stützend:

Es handle sich nicht um eine gewöhnliche Grunddienstbarkeit und die Begriffe des gemeinen Rechts, sowie des aargauischen Gesetzes über herrschendes und dienendes Gut fänden auf das streitige Verhältniß keine unbedingte Anwendung. Es sei nämlich ein Gemeindeweg in Frage, ein Fußweg, der nach der Behauptung der Gemeinde Auenstein von sämmtlichen Einwohnern derselben nach ihrem Bedürfniß benützt werde, ohne Rücksicht darauf, ob sie Grundbesitzer in der Gemeinde Auenstein seien oder nicht. Aehnliche mehr oder weniger allgemeine Wegrechte über Gemeinde- oder Privatland bestünden aber viele und die Berechtigten hätten Anspruch auf richterlichen Schutz, wenn gleich das Rechtsverhältniß nicht genau in das doktrinäre Schema der Vorschriften über Grund-

dienstbarkeiten sich einfügen lasse. Immerhin handle es sich um eine Dienstbarkeit nach Inhalt des §. 522 des a. b. G.

Frage es sich, ob die Gemeinde oder in ihrem Namen die Ortsbehörde befugt sei, das Recht zu Gunsten der Betheiligten geltend zu machen, so müsse dies bejaht werden; weil alle Einwohner der Gemeinde an der Erhaltung des Weges ein rechtliches Interesse hätten, so sei die Ortsbehörde als deren Vertreterin vorzugsweise in der Stellung, für die Interessen aller einzustehen. Der Gemeinderath sei übrigens zur Prozeßführung ermächtigt worden.

Freilich sei eine genau bezeichnete Richtung des Weges nicht constant eingehalten worden; allein dieser Umstand vermöge die Erwerbung der Dienstbarkeit von vornherein nicht zu hindern, weil die häufige Aenderung des Wasserlaufs der Aare auch eine öftere Aenderung der Ueberfahrts- oder Landungsstelle nöthig mache. U. v. 21. Oktober 1863.

193. Der Eigenthümer eines im Februar 1817 durch Kauf erworbenen Hauses A, zu dem die Hälfte des dabei befindlichen Brunnens gehört, dessen andere Hälfte der Eigenthümer des Hauses C, — der Beklagte — anzusprechen hat, brachte klagend an: Er habe im Jahr 1832 das in der Nähe gelegene Haus B gekauft; vom Jahr 1842 an habe er stets Vieh im Stalle des Hauses B gehalten, das bei jenem Brunnen getränkt worden, auch habe er im Hause B stets Miethsleute gehabt, die alles Wasser für den Hausgebrauch beim fraglichen Brunnen geholt haben; infolge verjährungsweiser Erwerbung des Brunnenrechts verlange er einen richterlichen Entscheid dahin, daß seinem Hause B, resp. dem Eigenthümer und Besitzer desselben die Berechtigung zustehe, das Vieh beim erwähnten Brunnen zu tränken und daselbst das für die Haushaltungsbedürfnisse nöthige Wasser zu holen.

Von einem durch Verjährung entstandenen Brunnenrecht zu Gunsten des Hauses B kann aber im Falle nicht die Rede sein. In dem Kaufe vom Februar 1817, wodurch der Kläger das Haus A erworben, ist die Hälfte des mehrbenannten Brunnens inbegriffen; der Kläger ist somit Eigenthümer der Brunnenhälfte und hat er die Befugniß, sein Eigenthumsrecht am Brunnen durch Wasserholen und Viehtränken in beliebiger Weise auszuüben. Wenn Kläger nun im Jahr 1832 das Haus B gekauft, sein Vieh dorthin dislocirt und beim Brunnen zur Tränke geführt, so hat er nur von seinem Eigenthumsrecht Gebrauch gemacht und das Wasser des Brunnens nur als Eigenthümer, nicht als Servitutsansprecher benützt. Der Begriff einer Servitut besteht nämlich darin, daß jemand

an einer fremden Sache solche Rechte ausübt, wie sie sonst nur dem Eigenthümer zustehen.

Das bereits Gesagte gilt selbstverständlich auch bezüglich des Wasserholens für Haushaltungsbedürfnisse. Die Miethsleute im Hause B holten das Wasser bei dem dem Kläger eigenthümlich zugehörenden Brunnen und nahmen somit im Namen des Vermiethers Handlungen vor, wozu das Eigenthumsrecht des letztern ihnen die Befugniß gewährte.

U. v. 14. Februar 1865.

194. Das Bad Schinznach ging im Jahr 1864 von Herrn Albert Hünerwadel durch Kauf auf die Firma „Bad Schinznach" die gegenwärtige Besitzerin über. Als es sich um die Fertigung des Vertrags handelte, verlangte der T. Regierungsrath des Kantons Aargau, es solle in den Fertigungsakt die Bestimmung aufgenommen werden, daß der Uebernehmer verpflichtet sei, ein Freibad für die Armen zu halten. — Dieses Begehren ist gerechtfertigt. Man fand nämlich:

Zur Begründung seines Begehrens berufe sich der Staat auf den 17. Art. derjenigen Urkunde, wodurch am 29. April 1696 „von Schultheiß, Räth und Burgern der Stadt Bern" dem ersten Unternehmer resp. Gründer des Schinznacher Badetablissements die Errichtung des Bades hoheitlich gestattet worden sei. Dieser Art. laute: „Hiegegen aber soll von ihme Entrepreneur nit nur auf das abholende Wasser keine Auflag geschlagen, sondern auch mit der Zeit zum Trost der Armen ein Freibad konstruirt werden." — Es unterliege nun keinem Zweifel, daß derjenige, welchem diese Konzession von der damaligen Landesregierung ertheilt worden sei, sowie seine Rechtsnachfolger verpflichtet seien, die ihnen durch diesen Artikel auferlegte Last, als eine auf dem errichteten Bad ruhende dingliche Beschwerde zu übernehmen. Gegenüber dieser im Grundsatz unbestreitbaren Rechtspflicht seien nun aber von Seite des Beklagten folgende Einwendungen erhoben worden:

1. Der Staat Aargau sei nicht zur Sache legitimirt, d. h. die aargauische Regierung sei nicht die Rechtsnachfolgerin derjenigen Staatsbehörde, welche im Art. 17 der Konzession vom Jahr 1696 den gedachten Rechtsvorbehalt stipulirt habe. Allein diese Einwendung erzeige sich als eine unstichhaltige. Die Erörterung hierüber mache es nothwendig, die rechtliche Bedeutung des Aktenstückes vom 29. April 1696 in Kürze zu berühren. Es sei nämlich beklagterseits behauptet worden, die fragliche Urkunde sei ein Vertragsinstrument, während vom Kläger ihr die Bedeutung eines Konzessionsaktes beigelegt werde. Prüfe man nun das Aktenstück in seiner Gesammtheit, so erhelle daraus, daß die damalige Landesregierung über dasjenige Areal, worauf gegenwärtig das Bad

Schinznach gebaut sei, dem Samuel Jenner von Bern gestattet habe, die Heilquelle zu fassen und zu einem Bad einzurichten unter den im quaest. Aktenstück enthaltenen nähern Bestimmungen. Deßwegen werde Samuel Jenner in der Urkunde stets als „Entrepreneur" bezeichnet, d. h. als derjenige, der es unternahm, kraft der ihm ertheilten obrigkeitlichen Erlaubniß, in Schinznach ein Bad zu errichten. Die Staatsregierung von Bern lege daher in dieser Urkunde, kraft ihrer Landeshoheit und ohne sich an irgend eine Vertragsform zu binden, dem Unternehmer Lasten auf, wie ihr dieses konvenirt habe, sowie sie ihn dann auch mit denjenigen Freiheiten „begnade", die im Aktenstück näher präzisirt seien. Wäre aber noch der geringste Zweifel über die rechtliche Bedeutung dieses Aktenstücks, so würde derselbe durch den 19. Artikel desselben völlig gehoben, welcher laute: „Und damit an dieses Werk bei Zeiten und wie es sein soll, Hand angelegt werde, und nit etwann, wie in andern ertheilten Konzessionen geschehen, ausstehend bleibe, dardurch Andere, so hier etwas zu unterfangen auch Lust haben möchten, hinderhalten würden, so soll ihm Entrepreneur zur Aufrichtung dieses Bades 10 Jahre vergonnt sein, mit dem Werk aber sobald möglich angefangen werden, und wann solches innert dieser Zeit nit beschehen wurde, alsdann an uns, der hohen Obrigkeit stehen, das Werk anderwärtig hinzugeben!"

Sei also nachgewiesenermaßen das Aktenstück vom 29. April 1696 ein hoheitlicher Konzessionsakt, zu Handen des Erbauers des Schinznacher Bades und seiner Rechtsnachfolger, so sei die rechtliche Bedeutung desselben dahin auszulegen, daß die Landesregierung, kraft ihrer Landeshoheit sich, neben der ertheilten Erlaubniß, gewisse Rechte ausbedungen, d. h. Vorbehälte gemacht habe. Es sei nun keinem Zweifel unterworfen, daß diejenige Regierung, welche infolge späterer polit. Ereignisse an deren Stelle getreten sei, d. h. die Landeshoheit über dasjenige Areal erlangt habe, worauf die concedirende Staatsbehörde sich seiner Zeit Rechtsvorbehälte stipulirt, auch berechtigt sei, von denjenigen Rechten Gebrauch zu machen, die im Konzessionsakt ausbedungen seien. Uebrigens sei die aargauische Staatsbehörde immer zur Sache legitimirt, wenn man auch bloße durch Vertrag erworbene Rechte voraussetzen und das Vorhandensein von Hoheitsrechten bezweifeln würde, indem die bezüglichen Bestimmungen ausschließlich im öffentlichen Interesse und zur Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse getroffen worden seien.

2. Vom Beklagten werde dann aber im Fernern eingewendet, es sei im Jahr 1784 die im Art. 17 der Konzessions-Urkunde erwähnte Verpflichtung durch Novation aufgehoben worden, indem an die Stelle des zu construirenden Freibades, mit Genehmigung der Regierung zu

Bern, ein Gebäude zur Beherbergung von 64 aus dem Inselspital zu Bern jährlich abzusendenden Personen errichtet worden sei.

Bei Erörterung dieses Streitpunktes sei nöthig, auf den bei den Akten liegenden Auszug aus dem sog. Bau- und Reparationenbuch vom 4. Juni 1784 und aus dem teutschen Seckelschreiberei-Protokoll vom 29. Juni 1784" näher einzutreten.

Aus dem Eingang der ersterwähnten Urkunde erhelle nur, daß für diejenigen Kranken, welche alljährlich vom „Kollegium Inselaner" ins Bad Schinznach gesendet worden seien, das bisher aus 2 Zimmern und 4 Betten bestehende „Logement" zu erweitern beabsichtigt worden sei. Sodann gehe aus der nämlichen Urkunde hervor, daß der damalige Badeigenthümer Renner ein neues Krankenhaus und Bad habe bauen wollen, zu dem Ende auch einen Plan und Devis errichtet, wonach sich ersteres auf 1975 Kronen, letzteres aber auf 1582 Kronen belaufen habe. Renner habe sich hiefür um eine Unterstützung der Staatsbehörde beworben. Dann fahre die Urkunde fort: „Aus landesväterlicher Vorsorge bewogen, wollen Mn. Hg. HH. und Obere ihme Renner in seinem Begehren entsprechen und zu diesem Bau eine Summe von 1500 Kronen großgünstig ertheilen lassen, aber unter dem ausdrücklichen Beding und Vorbehalt, daß das Gebäud nach dem vorgelegten Plan Mn. Hg. HH. und Obere genehmigten, auf jährliche Besorgung von 64 Personen gerichteten Plan und Devis, und zwar unter Aufsicht und Inspektion des Hrn. Hofmeisters von Königsfeld verfertigen und erbauen werden. Es soll auch Hr. Renner für sich und seine Nachbesitzer sich förmlich verpflichten, das neu zu erbauende Armenhaus in eigenen Kosten mit den erforderlichen Betten und Mobilien besorgen und dieselben sowohl als das Gebäude selbst in einem guten Stand zu erhalten und immer für die abzusendenden Armen zu destiniren." — Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dieses Anerbieten der berner Regierung habe dann, wie aus dem Seckelschreiberei-Protokoll erhelle, Hr. Renner die ihm auferlegten Verpflichtungen förmlich acceptirt, die 1500 Kronen in Empfang genommen und versprochen, das Gebäude nach dem Plan der Regierung zu erbauen und es so einzurichten, daß darin 64 von der Insel abzuschickende Personen alljährlich könnten beherbergt werden. Zugleich habe er sich verpflichtet, den in dieses Heilbad abzusendenden armen Kranken die zu ihrer Heilung nöthigen Bäder zu beschaffen.

Aus einer unbefangenen Würdigung dieser Aktenstücke ergebe sich nun, daß schon vor dem Jahr 1784 ein aus 2 Zimmern und 4 Betten bestehendes Armenbad in Schinznach bestanden habe, daß aber damals der Badbesitzer eine Erweiterung des Armenbades projektirt und zu diesem Zwecke Plan und Devis der Regierung übersandt und um eine

Beisteuer vom Staat nachgesucht habe. Offenbar sei nun dieses Armenbad dasjenige „Freibad" gewesen, das im 17. Art. der Konzessions-Urkunde „zum Trost der Armen" vorgesehen sei. Wäre dem Badeigenthümer nicht die Pflicht obgelegen, ein Armenbad zu unterhalten, so würde er nicht bei der baulichen Erweiterung desselben die Staatsgenehmigung für Plan und Devis nachgesucht und einen Staatsbeitrag sich erbeten haben. Hätte die damalige Landesregierung dieses Gesuch nicht in Uebereinstimmung mit dem Art. 17 der Konzession erachtet, so würde sie dem Petenten die ihm laut dem Konzessions-Akt obliegende Rechtspflicht zur Errichtung eines Freibades für die Armen ins Gedächtniß gerufen, oder einen derartigen Rechtsvorbehalt gemacht haben. Einen Vorbehalt, gestützt auf Art. 17, habe aber die Regierung nie gemacht, obschon ihr dieses damals sehr nahe gelegen wäre, falls sie — neben dem von Hrn. Renner zu erweitern beabsichtigten Armenbad — noch das im Konzessionsakt erwähnte Freibad hätte in's Leben führen wollen. Auch sei nirgends nachgewiesen, daß dem Badbesitzer von Schinznach die Pflicht obgelegen hätte, neben dem im Art. 17 bedungenen Freibad für die Armen auch noch ein sog. Armenbad zu erstellen. Sei nun aber letzteres schon früher bestellt und anno 1784 mit Staatsunterstützung ansehnlich erweitert worden, so müsse daraus gefolgert werden, daß die Staatsbehörde die Verpflichtung des Konzessionsakts für Erstellung eines Freibades als erfüllt betrachtet habe. Ohnehin wäre es schwer einzusehen, weßhalb die Regierung von Bern seit dem Jahr 1696 nie auf die Erfüllung der im Art. 17 dem Badeigenthümer auferlegten Verbindlichkeit zur Errichtung eines Freibades für die Armen gedrungen haben sollte, während doch deutlich zu ersehen sei, daß man ein solches Armenbad wohl hätte gebrauchen können und auch wirklich gebraucht habe.

Aus der bisherigen Erörterung erhelle, daß im Hinblick auf die Verhandlungen vom Jahr 1784 angenommen werden müsse, es sei damals die im cit. Art. 17 dem Badwirth auferlegte Verpflichtung in diejenige Form umgewandelt worden, wie sie oben näher angegeben sei. Daraus folge aber, daß das Begehren der aargauischen Staatsbehörden, wie es bei der Fertigung vom 5. November 1864 gestellt worden, bezüglich des Freibades unbegründet sei.

3. Es werde schließlich vom Beklagten noch behauptet, das im Art. 17 vorbehaltene Recht zum Abholen des Wassers auf unentgeltlichem Wege sei durch Verjährung erloschen, weil davon nie Gebrauch gemacht worden sei. Allein diese Auffassung sei eine unrichtige. Das Recht zum unentgeltlichen Abholen des Wassers sei von der damaligen Regierung für diejenigen Staatsangehörigen vorbehalten worden, welche überhaupt Lust gehabt hätten, davon Gebrauch zu machen. Habe, wie der Beklagte

behaupte, bisher noch Niemand davon Gebrauch gemacht, so erscheine das Recht nicht als verjährt; es wäre erst dann verjährt, wenn der Nachweis geleistet wäre, daß sich der Verpflichtete von der ihm obliegenden Verbindlichkeit zum unentgeltlichen Verabreichen des verlangten Wassers frei gemacht und die Staatsbehörden während gesetzlicher Verjährungszeit dazu still geschwiegen hätten. Erst von dem Augenblicke an, wo man hätte Wasser abholen wollen und dieses von Seite des Verpflichteten gehindert worden wäre, würde auf Seite des Berechtigten ein Klagrecht und ein Klaggrund entstanden sein und von da an die Verjährung zu laufen beginnen.

Es stehe somit der Staatsbehörde das Recht zu, verlangen zu dürfen, daß die Verpflichtung des jeweiligen Badeigenthümers zum unentgeltlichen Verabfolgen des Wassers für diejenigen, welche es abholen möchten, als eine auf dem fraglichen Kaufsobjekt ruhende dingliche Beschwerde im Kaufsakte vorgemerkt werde. U. v. 25. Oktober 1866, Art. 501.

195. Der Staat Aargau schloß durch das Organ der Finanzdirektion im Jahr 1854 mit der Gemeinde Brittnau in Betreff der daselbst befindlichen Hochwaldungen folgenden Vertrag ab: „Es tritt die Finanzdirektion Namens des Staates Aargau in bester Form Rechtens ab der Ortsbürgergemeinde Brittnau alle bisher besessenen Eigenthums- und Nutzungsrechte auf die s. g. Brittnauer Hochwaldungen in ihrem vollen Umfange, jedoch mit den ausdrücklichen Bestimmungen, daß die den Erblehenbesitzern von Brittnau auf diesen verkauften Waldungen zustehenden Berechtigungen der Käuferin als eine auf dem Kaufsobjekt haftende Servitut überbunden werden."

Die Fertigung dieses Vertrages war auf den 6. Mai 1854 angesetzt, dieselbe fand aber nicht statt, weil die Einsassen und Besitzer erblehenpflichtigen Landes in der Gemeinde Brittnau die schriftliche Erklärung einreichten, daß sie gegen die Fertigung auf so lange protestiren, bis im fraglichen Kaufe ihre Miteigenthumsrechte anerkannt und vorbehalten sein würden. Die Besitzer erblehenpflichtigen Landes nahmen nämlich Eigenthumsrechte an den veräußerten Waldungen in Anspruch und begnügten sich nicht damit, daß ihnen nur Servitutsrechte vorbehalten wurden.

Diese Protestation der Besitzer erblehenpflichtigen Landes hatte eine Klage der Gemeinde Brittnau gegen den Staat Aargau zur Folge, die sich in das Begehren auflöste:

1. Der beklagte Theil, der Staat Aargau, sei zu verhalten, den angeführten Vertrag als für ihn verbindlich anzuerkennen.
2. Dem beklagten Theil sei richterlich eine Frist anzuberaumen, innert

welcher er den gegen die Fertigung fragl. Kaufes eingelegten Einspruch entweder als zurückgezogen vorzulegen oder dagegen rechtlich aufzutreten und den daherigen Rechtsstreit ohne Zögerung fortzusetzen habe.

3. Mit dieser Frist sei die Androhung zu verbinden, daß, wofern entweder der Staat binnen fraglicher, ihm anzuberaumender Frist den Einspruch nicht als zurückgezogen ausweisen könne, oder den Rechtsstreit dagegen nicht anhebe oder wofern dem Staate nicht gelinge, den Einspruch zu beseitigen, die Gemeinde Brittnau unter Vorbehalt ihrer Ersatzansprüche berechtigt zu erklären sei, vom Vertrage zurückzutreten.

Von Seite der beklagten Partei wurde behauptet, es liege in der Vertragsbestimmung, daß die Berechtigungen der Besitzer erblehenpflichtigen Landes den Käufern als Servitut überbunden werden, eine Ueberschreitung der Vollmachtsbefugnisse der Finanzdirektion, da weder der Große Rath, noch der Regierungsrath diese letztere ermächtigt habe, die Berechtigungen der Erblehenbesitzer als eine Servitut zu überbinden, sondern diese Ermächtigung nur dahin gegangen sei, die fragl. Berechtigungen, so wie sie eben existiren mögen, ohne nähere Erwähnung ihrer rechtlichen Bedeutung, zu überbinden, weßhalb der mit der Klägerin abgeschlossene Vertrag für den Staat nicht verbindlich sei.

Die Entscheidung der Frage, ob diese beklagtische Einwendung eine rechtlich begründete sei, liegt in folgender Erörterung. Die Bedeutung des großräthlichen Dekrets, welches verlangte, es sei eine Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen, in welcher den Erblehenbesitzern die auf dem Walde zustehenden Berechtigungen überbunden werden, ging offenbar dahin, zu verhüten, daß wegen Verschweigung der von den Erblehenbesitzern von Brittnau prätendirten Ansprüche der Staat später aus Grund einer sog. Verschlagniß hätte regressirt werden können. In der Kaufsurkunde ist nun konform mit dem Dekret des Großen Raths der Gemeinde ausdrücklich angezeigt, daß die den Erblehenbesitzern von Brittnau auf dem Kaufsobjekt zustehenden Berechtigungen (welche nicht näher präcisirt, sondern tale quale übertragen sind) der Käuferin als eine auf dem Kaufsobjekt haftende Servitut überbunden werden. Würde hiebei der Ausdruck „Beschwerde" anstatt des Ausdrucks „Servitut" gewählt worden sein, so wäre dem §. 514 des a. b. G. in buchstäblicher Weise Genüge gethan. Da aber die Berechtigungen der Erblehenbesitzer tale quale überbunden und als eine auf dem Kaufsobjekt haftende Servitut bezeichnet werden, so erscheint der fremde Ausdruck „Servitut" nicht in der speziell technischen Bedeutung einer Grund-

dienstbarkeit, sondern er ist hier für den allgemeinen Ausdruck Beschwerde gebraucht.

Abgesehen aber von dieser natürlichen Auslegung des fraglichen Ausdrucks von Servitut ist in §. 522 des a. b. G. die Bedeutung der Dienstbarkeit so allgemein definirt, daß sie für jedes nur denkbare dringliche Recht an einer fremden Sache, das nicht ein Pfandrecht ist, gebraucht werden kann. Dieser Paragraph bezeichnet nämlich die Dienstbarkeit als das Recht, vermöge dessen jemand angehalten werden kann, auf seiner Sache zum Vortheil eines andern etwas zu dulden oder zu unterlassen.

Steht nun den Erblehenbesitzern von Brittnau das Recht zu, aus dem fragl. Walde Holz beziehen zu dürfen, so fällt diese Berechtigung unter die hier gewählte Bezeichnung von Dienstbarkeit.

Die Klage wurde daher im Sinne der Erwägung als gerechtfertigt angesehen und die Frist, innerhalb welcher der Staat dem Klagbegehren Nr. 2 Folge zu geben hatte, auf 25 Wochen festgesetzt.

U. v. 15. März 1866.

196. Das Wässerungsrecht wurde in folgendem Sinne behauptet: Von den jeweiligen Eigenthümern mehrerer an einem Wassergraben gelegenen Wiesen sei zu Gunsten der letztern vom Wasser in der Weise Gebrauch gemacht worden, daß ein jeder nach Belieben, so oft er es für gut befunden, d. h. so oft es im Interesse seines Grundstückes gelegen, den Wassergraben geschlossen oder geöffnet und das Wasser in die Matten geleitet oder den Lauf desselben abgeschlossen habe.

Der Beweis der beanspruchten Dienstbarkeit wurde als zulässig erachtet, wenn gleich nicht verkannt wurde, daß durch die Ausübung einer solchen Servitut ein Zustand geschaffen wird, der kaum als ein solcher genannt werden kann, wie er im Interesse einer wohlgeregelten Rechtsordnung wünschbar erscheint; allein das gestattete nicht, diesen Zustand geradezu als einen rechtswidrigen und unzulässigen anzusehen, falls dargethan wird, daß derselbe während der gesetzlichen Verjährungszeit angedauert, wie denn auch derartige Verhältnisse nicht ganz selten im Kanton anzutreffen und wo sie vorkommen, als rechtmäßig bestehende anerkannt sind. U. v. 6. Februar 1867.

§§. 523—529.

197. Der Eigenthümer einer Trotte im Wettinger Rebberge hatte dieselbe mit folgender Beschwerde erworben:

„Sämmtlichen Käufern der Kloster- und Theilreben wird das Recht zugesichert, ihre in denselben gepflanzten Trauben in dieser Trotte, jedoch gegen Abgabe eines angemessenen Trottlohns, auspressen zu

können, ebenso werde ihnen die Benutzung des Brunnens während den Rebenarbeiten vorbehalten."

Die „Käufer der Kloster- und Theilreben" sind nun der Ansicht, daß aus dem ihnen eingeräumten Trottrecht gefolgert werden müsse, daß ihnen auch das Recht zukomme, die Trottstanden das ganze Jahr hindurch in der Trotte stehen zu lassen und versuchten dieselben dieser Ansicht auf dem Wege der Civilklage Nachachtung zu verschaffen.

Diese Ansicht kann aber richterlich nicht getheilt werden. Es ist zwar selbstverständlich und vom Eigenthümer der Trotte, dem Beklagten, auch zugegeben, daß dieser verpflichtet sei, während der Herbstzeit die Standen der Kläger zur Auspressung der Trauben und zur Bewerkstelligung der Gährung in der Trotte unterzubringen. Aber daß er gehalten sei, diese Standen auch außer der Herbstzeit und das ganze Jahr hindurch in seiner Trotte aufzubewahren, kann aus dem Rechte, die Trauben auspressen zu dürfen, nicht hergeleitet werden. Nach §. 523 des a. b. G. spricht die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums; jede Beschränkung des letztern muß daher bewiesen werden.

U. v. 29. März 1871.

198. In dem über M. D. ausgebrochenen Konkurse wurde von dritter Seite ein Recht auf das auf den geldstaglichen Liegenschaften entspringende Wasser, eine Grunddienstbarkeit, angemeldet. Der Geldstagsrichter hatte die Anmeldung aus dem Geldstage ausgewiesen, das Bezirksgericht aber in Folge erhobenen Einspruchs für die Existenz der Servitut einen Beweis durch Zeugen angeordnet.

Nach §. 23 der G. O. sind nun Grunddienstbarkeiten im Geldstage nicht anzumelden, zweifelsohne weil der Gesetzgeber nicht wollte, daß die aus derartigen Anmeldungen leicht entstehenden weitschichtigen Streitigkeiten auf dem Wege des Konkursprozesses ausgetragen werden und in §. 58 der G. O. die Bestimmung getroffen ist, daß Grunddienstbarkeiten auch ohne Anzeige von Gesetzeswegen auf den Liegenschaften haften sollen. Die diesfällige Anmeldung war daher eine nutz- und zwecklose und die vom Geldstagsabgeordneten erfolgte Ausweisung der Anmeldung eine durchaus gerechtfertigte, nicht aber die Motivirung dieser Ausweisung. — Nicht der Mangel an urkundlichen Belegen, auf den der Geldstagsverordnete abstellte — denn dieser hat sich mit der Prüfung der Frage der Begründtheit gar nicht zu befassen — sondern die formelle Unzulässigkeit der Ansprache bildet den Grund, wodurch die Ausweisung gerechtfertigt wird. U. v. 12. Dez. 1866.

199. Der Besitzer einer Realität erwirkte zu deren Schutz ein Verbot in dem Sinne, daß er jedes Betreten derselben untersagen

ließ. N. N. machte nun gegenüber dem Verbot das Fahrrecht auf dieser Realität geltend und es wurde ihm auch zuerkannt und zwar im Sinne des §. 528 als Befugniß, über das Grundstück mit Pflug und Wagen zu fahren.

In dieser Befugniß ist auch das Recht inbegriffen, mit der Egge über die fragl. Realität zu fahren, wenn gleich das Gesetz der letztern nicht erwähnt. Wenn im §. 528 bestimmt wird, welche Befugnisse die verschiedenen Wegdienstbarkeiten geben, so ist klar, daß jeweilen nur die am weitesten gehenden aufgeführt und daß die geringern gleichartigen nach dem Grundsatz: minus in majore continetur — als in jenen enthalten anzusehen seien.

Es bringt es aber auch die Natur des Rechtsverhältnisses mit sich, daß wer mit Pflug und Wagen an einen Ort fahren darf, auch befugt sein muß, die Egge dorthin zu führen. U. v. 5. Febr. 1863.

200. Dem Eigenthümer eines Hauses wurde der Beweis gestattet, daß sowohl das Wasser der aus seinem Keller kommenden Dohle als auch dasjenige, welches von der Dachtraufe sich ergieße, wegen der Anlage eines Gartens, die der Nachbar unlängst vorgenommen, seinen natürlichen Abfluß über das Land des letztern in das Mühlewuhr nicht mehr finde, sondern auf dem Vorplatze Pfützen bilde und die Benutzung dieses Platzes in erheblichem Maße erschwere.

Es mußte aber auch dem Beklagten der Beweis für die Behauptung bewilligt werden, daß das Wasser, ohne das eigentliche Gartenareal zu berühren, in anderer als der vom Kläger angegebenen Richtung ungehinderten Abfluß finden könne.

Dieser Beweis ist kein verbotener direkter Gegenbeweis. Gelingt der klägerische Beweis, so ist er dann allerdings maßgebend für die Richtung, die dem Abfluß des Wassers zu geben ist, allein nur insofern, als der Beklagte nicht zu zeigen vermag, daß das Wasser ohne Berührung seines Gartenareals ungehinderten Abfluß finden und folglich dem begründeten Anspruch des Servitutberechtigten vollkommen Genüge geschehen kann, ohne daß das Abwasser mitten durch den neuangelegten Garten des Beklagten — wie es beabsichtigt wird — nach dem Mühlewuhr geleitet wird; denn nach §. 529 des a. b. G. sind Dienstbarkeiten zwar nach Bedürfniß des herrschenden Gutes, jedoch auf die dem dienenden Gute wenigst lästige Weise auszuüben.

U. v. 14. Februar 1871.

201. N. N. wollte von dem Wasser, welches diesem über die benachbarten Grundstücke zufloß und zum Gebrauch für die „Nothdurft" seines Hauses bestimmt war, in Verbindung mit anderm

Wasser, zum Betriebe einer Säge Gebrauch machen. Die Eigenthümer dieser nachbarlichen Grundstücke bestritten dem Hauseigenthümer die Befugniß zu einem solchen Gebrauch des Wassers und zwar mit vollem Recht.

Die fraglichen Grundstücke sind offenbar das belastete oder dienende Gut, da das Wasser den Eigenthümern derselben — den Beklagten — zu gut käme, wenn sie es nicht dem klägerschen Hause zufließen lassen müßten. Diese Eigenthümer der dienenden Grundstücke sind aber laut §. 529 des a. b. G. zum Einspruche gegen Veränderung des Rechtssubjekts (des herrschenden Guts) und Erweiterung der Dienstbarkeit vom Bedarf eines Wohnhauses zum Bedarf einer Säge vollkommen berechtigt; ebenso auch laut §. 555, denn wenn das Wasser nicht mehr für das klägersche Haus benützt werden wollte oder könnte, so fiele die Dienstbarkeit einfach weg und es träte keine andere an deren Stelle.

U. v. 13. Jenner 1864.

§§. 530—531.

202. Es entspann sich ein Streit über den Umfang einer Wasserleitungsdienstbarkeit. Es handelte sich nämlich um eine Dohle, welche vom Keller im Hause des Dienstbarkeitsberechtigten aus in den Baumgarten des Verpflichteten reicht, dort ausmündet und zur Ableitung des Wassers aus diesem Keller dient.

Der Verpflichtete anerkannte den rechtlichen Bestand dieser Dohle, ebenso, daß der Kläger berechtigt sei, dieselbe auf seinem Lande zu öffnen und zu unterhalten, so weit dies nöthig sein möge, damit die beabsichtigte Wasserableitung stattfinde und daß er zu diesem Behufe sein Land betrete. Dagegen bestritt er jede weitergehende Berechtigung des Klägers und widersetzte sich insbesondere allem Befahren seines Landes als einer widerrechtlichen Ausdehnung seiner Dienstbarkeitsbefugniß. Diese Bestimmung mußte aber als eine grundlose erklärt werden. Die Anerkennung einer Dienstbarkeit im angegebenen Sinne schließt als nothwendige Folge auch die Verpflichtung in sich, alles das geschehen zu lassen, was die Ausübung der klägerschen Berechtigung als unerläßliche Bedingung erfordert. Wenn nun zur Oeffnung, Erhaltung und Wiederherstellung der fragl. Dohle ausnahmsweise nicht nur das Betreten, sondern das Befahren des Grundstückes oder Umgeländes des Beklagten erforderlich wird — ein Fall, der unzweifelhaft eintreten kann, — so muß sich der letztere dies gefallen lassen.

Es versteht sich freilich von selbst, daß das Recht des Klägers im Sinne des Gesetzes, des §. 529 des a. b. G., auf bescheidene, dem

dienenden Grundstücke wenigst lästige Weise auszuüben ist; man nahm an, die beste Garantie gegen Ueberschreitung der fragl. Befugniß finde der Beklagte in der vom Kläger grundsätzlich anerkannten Verpflichtung zum vollen Ersatz eines zugefügten Schadens. U. v. 9. Mai 1866.

203. Der Eigenthümer einer Wiese, dem das Recht der Wässerung derselben zustand, nahm das weitere Recht in Anspruch, behufs der Regulirung und Ueberwachung der Wässerung dem Wassergraben nach über das Eigenthum des Beklagten zu gehen; dieses Recht vindizirte er sich als eine Zugehörde der Wässerungsdienstbarkeit und beantragte nur eventuell den Beweis, daß er dasselbe durch Verjährung erworben habe.

Das Bezirksgericht erkannte auf letztern Beweis. In Folge ergriffener Appellation entstund nun die Frage, ob das angesprochene Recht, behufs des Nachlassens des Wassers und der Bewässerung, dem Wassergraben nach über das Eigenthum des Beklagten gehen zu dürfen, schon ein Ausfluß der dem Kläger anerkanntermaßen zustehenden Wässerungsberechtigung sei, und es des dem Kläger untergerichtlich aufgetragenen Beweises der verjährungsweisen Erwerbung nicht bedürfe. In Abänderung des bezirksgerichtlichen Urtheils wurde die klägersche Auffassung gut geheißen.

Maßgebend ist der §. 530 des a. b. G., wonach der Besitzer des herrschenden Gutes die Befugniß hat, auf dem dienenden Grundstücke alle Handlungen vorzunehmen, oder diejenigen Einrichtungen zu treffen, ohne welche die Dienstbarkeit nicht gehörig ausgeübt werden kann, sowie Alles zu untersagen, wodurch die Ausübung derselben wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht würde. Nach dieser Gesetzesbestimmung ist der Dienstbarkeitsberechtigte nicht nur befugt, solche Handlungen vorzunehmen, welche den unmittelbaren Inbegriff seiner Dienstbarkeit ausmachen, wie z. B. zu wässern, zu fahren 2c., sondern überdies auf dem dienenden Gute alle Handlungen vorzunehmen, welche zur Ausübung der Dienstbarkeit resp. zu einem vernunftgemäßen Betriebe derselben erforderlich sind. Die an diesen Rechtssatz sich knüpfende Frage, ob es behufs Ausübung eines Wässerungsrechtes nöthig werden könne, dem Wässergraben nachzugehen, den Lauf der Wasserleitung zu verfolgen und allfällige Hindernisse eines regelmäßigen Wasserabflusses zu beseitigen, muß bejaht werden. Die Natur einer Wässerungsservitut besteht nämlich darin, daß der Dienstbarkeitsberechtigte befugt sei, das Wasser mittelst eines Grabens, also einer künstlichen Vorrichtung, durch die Grundstücke Anderer seinem Eigenthum zuzuführen und es muß daher dem Dienstbarkeitsberechtigten die Befugniß zustehen, den Wassergraben zu

überwachen, ihn nach §. 531 auszubessern und jedes, den Servitutszweck hemmende Hinderniß darin wegzuräumen.

Daß hiebei nicht von einer selbständigen Weggerechtigkeit als einer neuen Servitut die Rede sein könne, folgt schon daraus, daß, wie dies der Kläger in seinem Klagschlusse ausführlich erwähnt, nur dannzumal das Recht in Anspruch genommen wird, dem Wassergraben entlang über die Wiese des Beklagten zu gehen, wenn vom Kläger gewässert wird, und zwar behufs des Nachlassens des Wassers und der Bewässerung. Dieses Geherecht ist also nur ein Ausfluß und eine Zugehörde der Wässerungsservitut. U. v. 9. Juni 1864.

204. Häuserbesitzer hatten an einer über fremde Grundstücke laufenden Brunnenleitung und am Brunnen selbst das Recht der gemeinsamen Benutzung und zugleich die Pflicht der gemeinsamen Unterhaltung. Einer der Berechtigten wünschte nun, dieser Gemeinschaft entlassen zu werden und es kam u. A. die Frage zur Sprache, ob er berechtigt sei, durch einfachen Verzicht auf das ihm zustehende Recht zugleich sich auch der Pflicht der Mitunterhaltung des Brunnens und der Leitung zu entziehen.

Darüber wurde Folgendes befunden: Es sei zu unterscheiden zwischen dem Rechtsverhältniß, das unter den Litiganten einerseits und den Eigenthümern des Landes anderseits bestehe, in welchem die Quelle entspringe und durch welches sie geleitet werde und demjenigen Rechtsverhältniß, das unter den Litiganten begründet sei. Jenes Rechtsverhältniß sei seinem Wesen nach eine zu Gunsten der Gebäude der Litiganten bestehende Realservitut, welche der Ausübung nach unter diesen letztern getheilt sei. Wenn es sich bloß um dieses Rechtsverhältniß handeln würde, so müßte gesagt werden, daß jeder Servitutsberechtigte auf seinen Servitutsantheil verzichten könnte.

Allein im Fragefall komme das andere Rechtsverhältniß, das zwischen den Litiganten selbst bestehe, ebenfalls zur Sprache. Dasselbe sei kein dingliches, sondern ein obligatorisches Verhältniß. Es bestehe in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft überhaupt (communio) in dem Sinne, daß durch den Erwerb eines am fraglichen Brunnen mitberechtigten Hauses der Erwerber in die Gemeinschaft eingetreten sei. Das Gemeinschaftsverhältniß habe aber für die Theilhaber nicht nur die Berechtigung zur Mitbenutzung des Brunnens zur Folge, sondern es begründe auch eine wechselseitige Verpflichtung, nämlich die, den Brunnen und dessen Leitung gemeinsam resp. verhältnißmäßig zu unterhalten. Für jeden Theilhaber erwachse also eine persönliche Verbindlichkeit den andern Theilhabern gegenüber, die darin bestehe, daß er seinen Antheil

zur Unterhaltung der Servitut beitragen müsse (§. 531) und sei es daher für keinen Theilhaber zulässig, durch Verzichtleistung auf das Recht sich dieser Verbindlichkeit zu entziehen. U. v. 4. Juni 1868.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rechte der Fruchtnießung.

§§. 532–548.

205. Mehrere Geschwister wurden von R. G. zu Universalerben eingesetzt. Der Testator fügte der Erbseinsetzung die Bestimmung bei: „Das den Universalerben zufallende Vermögen bleibt ihren Eltern als Nutzungsgut in folgender Weise: Nach dem Tode des einen Ehegatten fällt die eine Hälfte des Vermögens und nach dem Tode des andern Ehegatten die zweite Hälfte desselben den Universalerben als freies und unumschränktes Eigenthum zu.“

Nachdem der Erblasser mit Tod abgegangen, hatte sich eines der eingesetzten Kinder, eine Tochter, verehelicht und als der Ehemann dieser letztern in den Konkurs gerathen, wurde von einem Gläubiger verlangt, daß ihr, dieser Tochter, Antheil an der fraglichen Verlassenschaft, von welcher ihren Eltern, die beide noch am Leben waren, die Nutznießung zukam, in die Geldstagsmasse gezogen und der konkursrichterlichen Liquidation unterstellt werde.

Der Petent ging von der Ansicht aus, daß der Antheil der Tochter am erwähnten Nachlasse, wenn gleich dieser sich als Nutzungsgut der Eltern erzeige, ihr, resp. ihrem Ehemanne wirklich angefallen und daher als Massavermögen zu betrachten und schon jetzt als solches zu behandeln sei. Aus der angeführten testamentarischen Verfügung ergibt sich nun aber, daß das Vermögen den Universalerben erst dann zur Hälfte, bez. im Ganzen als „freies und unbeschränktes Eigenthum“ zufalle, wenn einer der nutzungsberechtigten Ehegatten oder beide verstorben sind, daß ihnen mithin, so lange jene am Leben sind, nicht nur kein Nutzungs-, sondern auch kein freies Verfügungsrecht darüber eingeräumt sei, da das letztere durch das Nutzungsrecht der Eltern beschränkt werde. Steht aber der Ehefrau des Falliten, resp. dem letztern selbst für einmal ein freies Dispositionsrecht an ihrer Quote nicht zu, so bildet diese letztere gegenwärtig noch keinen Bestandtheil der konkursrichterlich zu liquidirenden Vermögensmasse. U. v. 27. Sept. 1866.

206. Der Käufer einer Liegenschaft wurde vom Verkäufer zur Bezahlung des verabredeten Kaufspreises angehalten, mit Bezug auf welchen einer Frau S. O. die Nutznießung zustand. Der Beklagte vertheidigte sich mit der Entgegnung, daß er den schuldigen Betrag an die Nutznießerin entrichtet und daß er in gültiger Weise Zahlung geleistet habe, indem zur Nutznießung auch die Berechtigung zur Aufkündung und Einforderung gehöre.

Aus den Akten ergab sich allerdings, daß der Frau S. O. die lebenslängliche Nutznießung an dem fragl. Kaufspreise zukomme. In Ansehung der der Nutznießerin zustehenden Berechtigung mußte nun §. 535 des a. b. G. als maßgebend erscheinen, welcher vorschreibt: „Wird die Fruchtnießung einer Geldforderung bewilligt, so kann der „Berechtigte nur den Zins fordern." In Folge dieser Gesetzesbestimmung war die Nutznießerin nicht befugt, von dem Käufer der erwähnten Realität die Zahlung des Kaufsschillings einzufordern, resp. der Beklagte zahlte die streitige Summe nicht an die Person, der die Forderung zustand und wurde er somit durch die Zahlung an die Nutznießerin von der Pflicht, den Kaufspreis an den zu deren Einforderung berechtigten Verkäufer zu entrichten, nicht befreit. U. v. 30. April 1868.

207. Im Jahr 1862 verehelichte sich die einzige Tochter noch lebender Eltern. Sie starb in der Ehe, ohne Kinder zu hinterlassen. Dem Ehemann hatte sie ein Vermögen von Fr. 3300 zugebracht. Nach §. 901 des a. b. G. fiel die eine Hälfte dieses Vermögens dem Ehemann, die andere Hälfte den Eltern der verstorbenen Ehefrau als Eigenthum zu; dem Ehemann gebührte aber auch die lebenslängliche Nutznießung der letztern Hälfte. Die Eltern verlangten nun von dem Ehemanne, nachdem er sich wieder verehelicht, in Berufung auf §. 536 u. ff. des a. b. G. bezüglich der in der Nutznießung befindlichen Vermögenshälfte Sicherheitsleistung. Der Beklagte, die Vermögenseinkehr von Fr. 3300 zugebend, entgegnete, daß im Falle §. 536 des a. b. G. nicht zutreffe, indem die klägerischen Eheleute keinen Grund zur Besorgniß des Mißbrauchs des Nutznießungsrechtes hätten. Grundsätzlich war also die Frage zu entscheiden: ob der Nutznießer eines beweglichen Gutes (Geldkapitals) auf Verlangen des Eigenthümers dafür Sicherheit zu leisten schuldig sei? Das Bezirksgericht verneinte in dem concreten Falle diese Frage, von der Ansicht geleitet, der §. 536 des a. b. G. bestimme: „Hat der Eigenthümer „zu besorgen, daß ihm durch den Mißbrauch des Rechts Schaden erwachse, so ist er befugt, den Berechtigten zur Sicherheitsleistung an„zuhalten, sofern demselben von dem Besteller der Dienstbarkeit diese

„Verpflichtung nicht ausdrücklich nachgelassen ist." Nach Fassung dieser Gesetzesbestimmung in ihren Eingangsworten: „hat der Eigenthümer „zu besorgen", dürfe der letztere nur dann Sicherheit verlangen, wenn er die Besorgniß, daß ihm durch den Mißbrauch des Nutznießungsrechts Schaden erwachse, thatsächlich begründe; daß aber die Klagspartei diese Begründung schuldig geblieben und ihr daher die Befugniß, Sicherheitsleistung zu verlangen, nicht zustehe.

Dieser Anschauung konnte aber letztinstanzlich nicht beigepflichtet werden. Darin darf man zwar mit der bezirksgerichtlichen Auffassung wohl einig gehen, daß, falls das Gesetz die thatsächliche Begründung der Besorgniß verlangen würde, das bloße Faktum der Wiederverehelichung des Beklagten hiezu nicht genügen könnte; allein jene Pflicht legt die citirte Gesetzesstelle dem Eigenthümer nicht auf. Es läßt sich freilich nicht verkennen, daß der Passus „hat der Eigenthümer zu besorgen", verschiedener Deutung Raum gebe; allein bei näherer Betrachtung der rechtlichen Natur der Fruchtnießung und ihres Verhältnisses zum Eigenthum muß die Auslegung zu Gunsten des Eigenthümers erfolgen, und dies um so mehr, als der Wortlaut des Gesetzes resp. der Sprachgebrauch der Auslegung durchaus nicht entgegensteht. Die Fruchtnießung ist das Recht, eine fremde Sache mit Schonung ihrer Wesenheit zu genießen und sich den Ertrag derselben zuzueignen; sie ist diejenige Dienstbarkeit, welche dem Eigenthümer den wesentlichsten Vortheil, den Nutzen, nimmt und ihm nichts als ein nacktes, ideelles Recht beläßt. Diese große Beschränkung, die der Eigenthümer durch das Recht der Fruchtnießung erleidet, die naheliegende Gefahr, daß der seinem Besitze entzogene Fruchtnießungsgegenstand nicht mit derjenigen Schonung benutzt werde, die der Eigenthümer zu beobachten pflegt, hat dann aber auch in allen Gesetzgebungen Bestimmungen hervorgerufen, welche den letztern bei dem ihm verbliebenen Rechte schützen und ihm die Gewißheit verschaffen, bei Erlöschung der Dienstbarkeit wieder in den Besitz des vollen Eigenthums zu gelangen. So ist es unbestrittene bedingungslose Regel des gemeinen Rechts, daß der Nutznießer seine Verbindlichkeiten durch Kaution zu sichern habe und es darf angenommen werden, daß auch unser Gesetzgeber sich auf diesen, das Eigenthumsrecht schützenden Standpunkt gestellt, um so mehr, als er in seinen allgemeinen Bestimmungen über Dienstbarkeiten den Grundsatz ausspricht, daß die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums und gegen die Dienstbarkeit streite (§. 523). Dieser Betrachtung gemäß kann in §. 536 keine andere Tendenz der Gesetzgebung erblickt werden, als diejenige, dem besorgten Eigenthümer die freie Befugniß einzuräumen, vom Nutznießer Sicherheit zu verlangen.

Dieser Auffassung steht der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. Der Sprachgebrauch läßt die Ausdrücke „zu besorgen haben“ und „besorgen“ sehr häufig als gleichbedeutend erscheinen, während die von dem Beklagten dem erstern Ausdrucke beigelegte Bedeutung identisch wäre mit dem „Nachweisen der Gefahr“, welche Bedeutung ihm der Sprachgebrauch durchaus nicht einräumt und auch der Gesetzgeber selbst ganz anders auszudrücken pflegt, wie z. B. in §. 60 des a. b. G., wo gesagt wird: „ist das Vermögen der Frau erweislicher Maßen mit Verlurst bedroht u. s. w.“

Diese Auslegung giebt endlich allein dem §. 536 eine praktisch-wohlthätige Anwendbarkeit. Mit Recht führt in dieser Beziehung die Minderheit des Bezirksgerichts an, daß, falls man dem Eigenthümer die Aufgabe stellen wollte, durch objektive Thatsachen seine Sorge zu begründen, er in den meisten Fällen seine Aufgabe erst dann erfüllen könnte, wenn sein Eigenthum bereits Schaden gelitten, eine Bedingung, welche eine weise und gerechte Gesetzgebung nicht gestellt haben kann.

Aber selbst bei einer andern, mehr der Anschauung der Beklagten zuneigenden Auslegung der citirten Gesetzesbestimmung müßte im vorliegenden Falle das Begehren um Sicherheitsleistung grundsätzlich als ein begründetes erklärt werden, weil die Besorgniß eines Schadens schon aus der Art des den Gegenstand der Nutznießung bildenden Vermögens folgt. Es handelt sich nämlich um Vermögen, das in einer Geldsumme und in Fahrhabe, also in beweglichen, verbrauchbaren und leicht vergänglichen Sachen besteht, bezüglich welcher dem Eigenthümer gar keine Aufsicht möglich und daher die Besorgniß, daß ihm durch Mißbrauch des Nutzungsberechtigten Schaden erwachsen dürfte, sehr nahe liegt. Die beklagtische Bestreitung der Kautionspflicht wurde daher als eine grundlose verworfen. U. v. 7. September 1864.

208. Auch unterm 17. November 1870 wurde der Entscheid ausgefällt, daß der Eigenthümer des der Nutznießung unterliegenden Vermögens eines Nachweises darüber, daß seinem Eigenthum durch den Nutznießungsberechtigten Schaden drohe, entbunden sei und auch ohne solchen Nachweis die Sicherheitsleistung verlangen könne.*

* Anmerkung: Es soll jedoch nicht verschwiegen bleiben, daß bezüglich der Frage, ob der Eigenthümer des Nutznießungsgutes gehalten sei, das Begehren um Sicherheitsleistung mit Gründen zu unterstützen, eine Minderheit einen völlig entgegengesetzten Standpunkt einnahm. Diese letztere fand:

Allerdings stehe dem Klagetheil gemäß §. 536 des a. b. Gesetzes die Befugniß zu, die nutzungsberechtigte beklagte Partei zur Sicherheitsleistung anzuhalten; allein diese Befugniß werde durch das Gesetz an die

Bedingung geknüpft, daß die Klagpartei durch Mißbrauch des Rechts Schaden zu besorgen habe; es müsse nämlich im Sinne des Gesetzes ein wirklicher, objektiv erkennbarer und vom Richter anerkannter Grund zur Besorgniß gegeben sein und könne von der bloßen Willkür des Eigenthümers und seiner einseitigen Erklärung, daß er Schaden befürchte, die Verpflichtung des Nutzungsberechtigten zur Sicherheitsleistung nicht abhängig gemacht werden.

Im Jahr 1859 (s. Erkenntniß vom 19. Jenner) wurde vom Obergericht über die vorwürfige Frage im Sinne des soeben citirten Votums der Minderheit entschieden.

Es darf nicht auffällig erscheinen, daß nun eine mit jenem Erkenntniß im Widerspruch stehende Rechtsanschauung Platz gegriffen hat. Oft wird ein Urtheil durch Mehrheit der Stimmen, bisweilen auch durch Stichentscheid des Präsidenten gefällt. Es ist wohl selbstverständlich, daß in solchen Fällen in Folge des Wechsels der Mitglieder der Behörde, oder überhaupt im Laufe der Zeit eine von frühern Entscheidungen abweichende Auffassung die Oberhand gewinnen kann.

Vierter Abschnitt.

Von dem Rechte der Wohnung.

§§. 553—554.

209. Bei Anlaß einer Vermögenstheilung wurde vom Sohne, der das väterliche Haus mit dabeiliegendem Garten und Baumgarten übernommen, der Mutter in diesem Hause das unumschränkte Wohnungsrecht eingeräumt. Die Mutter, eine im Alter bereits vorgerückte Feau, hatte eine zweite Person zu sich in die fragliche Wohnung genommen, was von Seite des Eigenthümers, des Sohnes, nicht geduldet werden wollte, indem er sich darauf berief, daß der diesfällige Vertrag einzig der Mutter das Wohnungsrecht gewähre.

Zufolge der §§. 549—552 des a. b. G., gemäß welchen die streitige Angelegenheit zu entscheiden ist (§. 553), darf allerdings der Berechtigte die Ausübung seines Rechts nicht an einen Andern abtreten. In concreto kann aber auch von einer solchen Abtretung nicht gesprochen werden, denn die Beklagte übt ihr Wohnungsrecht unbestrittenermaaßen selbst aus und sie darf es gemäß §. 549 nach Bedürfniß ausüben. Dieses persönliche Bedürfniß muß bei Feststellung der der Beklagten zustehenden einzelnen Berechtigungen in Berücksichtigung gezogen werden und namentlich ist gegenüber dem §. 550, wonach das Bedürfniß in der Regel nach dem Zeitpunkt der Errichtung der Servitut zu bestimmen ist, nicht außer Acht zu lassen, daß der Kläger die Verpflichtung habe, der Beklagten, so lange sie lebt, das Wohnungsrecht einzuräumen; letztere muß also auch befugt und berechtigt sein,

die ihr zugesicherte Wohnung nach ihrem jeweiligen Bedürfniß, wie es mit zunehmendem Alter sich geltend macht, zu benützen und wenn diese Berechtigung nicht zu einer Illusion werden soll, so muß ihr auch gestattet werden, diejenige Person bei sich aufzunehmen, welche zu ihrer Pflege und zur Verrichtung derjenigen Arbeiten, denen sie nicht mehr vorzustehen vermag, nothwendig ist, und zwar nach freier Wahl, ohne daß der Eigenthümer des dienstbarkeitspflichtigen Hauses Einwendung erheben darf; denn das Recht der Einwendung ist ihm weder durch Gesetz noch durch Vertrag gestattet und könnte eine solche Einmischung des Hauseigenthümers unter Umständen dahin führen, daß die Ausübung des Wohnungsrechtes für die Berechtigte zur Unmöglichkeit wird.

Der Beklagten kann daher, insofern das Bedürfniß hiefür vorhanden, die Aufnahme einer zweiten Person in ihre Wohnung nicht untersagt werden und prüft man dann an der Hand der Akten, ob ihre persönlichen Verhältnisse der Art seien, daß sie der Hülfeleistung einer zweiten Person bedürfe, so muß dieses entschieden bejaht werden. Die Beklagte ist circa 66 Jahre alt und schon dieses Alter spricht für die Nothwendigkeit fremder Hülfeleistung. Berücksichtigt man dann ferner, daß die Beklagte noch Liegenschaften besitzt und sogar noch Lebwaare hält und hiezu auch wirklich berechtigt ist, so unterliegt es wohl keinem Zweifel mehr, daß das Bedürfniß zur Aushülfe durch eine zweite Person vorhanden und ihr daher die Inanspruchnahme dieser Aushülfe auch gestattet werden muß. U. v. 3. Novbr. 1868.

Fünfter Abschnitt.

Von der Erlöschung der Dienstbarkeiten.

§§. 555—558.

210. In einem Theilungsvertrage, den die Brüder Heinrich und Georg Fischer von Dottikon am 1. August 1845 abgeschlossen, wurde die Bestimmung getroffen: „Georg Furter darf zu keinen Zeiten ohne Einwilligung des Besitzers des Wirthshauses zur Sonne vor dem letztern, soweit es der Aussicht entgegen ist, einen Anbau oder Scheune herstellen."

Als Georg Furter später in den Geldstag gefallen, unterließ der Eigenthümer des fraglichen Wirthshauses, die zu Gunsten des letztern geschaffene Servitut daselbst anzumelden. Das Bezirksgericht ging bei Erledigung der Sache von der Annahme aus, daß die Dienstbarkeit wegen

Nichtanmeldung im genannten Geldstage erloschen sei. Anderer Ansicht dagegen war das Obergericht, welches aussprach, daß wegen Unterlassung der Anmeldung im Konkurse die Dienstbarkeit nicht verloren gegangen, indem keine Bestimmung bestehe, welche vorschreibe, daß die Geltendmachung der Berechtigung, die als eine Realdienstbarkeit zu betrachten sei, im Konkurse stattfinden müsse, sodann eine Pflicht zur Anmeldung ebensowenig aus der Natur und dem Zwecke des Geldstages hervorgehe.

U. v. 18. Oktober 1855.

211. Die Dienstbarkeit des Wegrechts erlischt durch die Vereinigung des Eigenthums des herrschenden und dienenden Grundstücks. §. 555 des a. b. G.

Wird später der frühere Zustand wieder hergestellt, d. h. wird eine Theilung des vereinigten Eigenthums vorgenommen, so daß nun wiederum, gerade wie dies ehemals der Fall gewesen, zwei für sich bestehende Grundstücke, die verschiedenen Eigenthümern angehören, vorhanden sind, so lebt deßhalb die früher bestandene Dienstbarkeit nicht wieder auf.

U. v. 20. Dezember 1864.

212. J. L. Meier von Uezwil besitzt im Gemeindebann daselbst einen Acker, über welchen O. und F. Koch eine Wegdienstbarkeit zu Gunsten einer Matte in Anspruch nahmen. Der erstere, der den letztern das Betreten seines Ackers durch ein Verbot untersagen ließ, welches jedoch diese durch einen Rechtsvorschlag entkräfteten, versuchte die Freiheit seines Eigenthums auf dem Civilrechtswege geltend zu machen und stellte das Begehren: O. und F. Koch wollen verhalten werden, das von ihm erwirkte Verbot zu beachten und den dagegen versetzten Rechtsvorschlag als unstatthaft zurückzuziehen.

Der Kläger gründete sein Vorgehen auf die Behauptung: Unmittelbar neben der Matte der Beklagten ziehe sich ein allzeit offener Feldweg hin; dieser Weg, welcher in die neu angelegte Straße von Büttikon nach Uezwil einmünde, stehe dem Beklagten zu Gebote und biete in Bezug auf Brauchbarkeit und Entfernung mindestens die gleichen Vortheile, wie derjenige Weg, welchen die Beklagten über seinen Acker bisher gebraucht haben.

Das Bezirksgericht erkannte mit Grund auf den Beweis durch den richterlichen Augenschein und Sachverständige, welch letztere über die Behauptung des Klägers sich auszusprechen hatten, daß der von ihm dem Beklagten angewiesene Weg ebenso kurz und bequem sei, als derjenige, den sie bisher über seinen Acker beansprucht, d. h. daß durch den Bau

der neuen Straße Uezwil-Büttikon das früher bestandene Wegrecht nutz- und zwecklos weggefallen sei.

Die Beklagten suchten vor allem den Schluß der Klage als einen formell unrichtigen, weil gegenstandslosen, darzustellen. Allein abgesehen davon, daß die Klage in formeller Beziehung in den Rechtsschriften keine Anfechtung erlitten, ist derselbe auch gänzlich unstichhaltig. Der Kläger klagt auf Zurückziehung des Rechtsvorschlages und Aufrechthaltung des von ihm erwirkten Verbotes; in diesem Schluß liegt implicite das Begehren, daß die Beklagten die Freiheit des klägerischen Eigenthums zu respektiren haben; denn die Erlassung eines Verbotes gehört zu den Eigenthumsbefugnissen und wer die Aufrechthaltung und Anerkennung eines durch Rechtsvorschlag entkräfteten Verbotes verlangt, von dem wird auf Achtung der Freiheit seines Eigenthums auf petitorischem Wege geklagt, mit anderen Worten die Negatorienklage angestellt.

Geht man daher über diese formelle Ausstellung hinweg, so erzeigt sich, nachdem die thatsächlichen Behauptungen des Klägers beklagterseits bestritten worden, das untergerichtliche Urtheil als ein der Sachlage angemessenes. Der Kläger stützt nämlich seine Klage einzig darauf, daß das beklagtische Wegrecht auf Grund des §. 555 des a. b. G. erloschen sei und diesen Beweis kann er der Natur der Sache zufolge nur leisten durch den richterlichen Augenschein und Sachverständige. In der Aufgabe der Experten wird es liegen, die beiden Wege — den bisherigen über den Acker des Klägers und denjenigen, auf welchen der Kläger die Beklagten für die Zukunft verweisen will — bezüglich ihrer Länge und Beschaffenheit genau zu untersuchen und zu vergleichen; sich auch zu überzeugen, welches die Beschaffenheit des neuangewiesenen Weges unter verschiedenen Witterungsverhältnissen, resp. ob derselbe bei jeder Witterung regelmäßig befahrbar sei, auch wie es sich bezüglich des Rankes bei Einmündung des Weges in die Uezwil-Büttikon-Straße verhalte; welche Vortheile der eine Weg vor dem andern biete; kurz diejenigen dienlichen Erhebungen zu machen, aus welchen sich ein wohlbegründetes Urtheil bilden läßt, ob, wie der Kläger behauptet, der Zweck und Nutzen des bisherigen Brachweges durch den Bächlisacker für die Beklagten gänzlich hinweggefallen, oder ob dies nicht der Fall sei.

Die Beklagten verlangen zwar noch den Zuspruch der von ihnen ebenfalls angetragenen Zeugenbeweise über die Beschaffenheit des neu angewiesenen Weges. Allein dieser Beweis bildet dem klägerischen Beweis gegenüber einen unstatthaften Gegenbeweis und ist schon deßwegen überflüssig, weil die Experten, um ihrer Aufgabe genügen zu können, schon von sich aus in den Fall kommen werden, alles Wesentliche der

diesfälligen beklagtischen Behauptungen in den Bereich ihrer Untersuchung zu ziehen. U. v. 2. Dezember 1869.

213. Die Mehrheit der drei Sachverständigen, welche die in der vorhergehenden Entscheidung erwähnte Untersuchung vorgenommen, gaben ihr Gutachten dahin ab, daß der von dem Kläger den Beklagten angewiesene Weg fast ebenso kurz und bequem sei, als der von denselben bisher über seinen Acker in Anspruch genommene.

Dieses Gutachten der Mehrheit der Experten ist maßgebend, denn nach §. 216 der P.=O. bildet das übereinstimmende Gutachten von zwei Sachverständigen einen vollständigen Beweis. Von Wichtigkeit ist aber noch, daß das Gutachten der Sachverständigen von dem Resultate des richterlichen Augenscheins unterstützt wird. Der Augenscheinsbefund ist nämlich folgenden Inhalts: „Es darf als richtig angenommen werden, daß der alte Weg circa 70—80′ kürzer ist als der neue; allein diese Differenz hat bei einer Weglänge von circa 1300—1400′ keine wesentliche Bedeutung mehr. Entscheidend ist, daß der neue Weg auf einen guten Fahrweg und eine Landstraße führt, während der alte ungefähr in gleicher Länge über bebautes Land geht und nur je das dritte Jahr fahrbar ist. Die Ausfahrt ist in Zukunft nicht schwieriger als sie bisher war, eher noch besser und die Einfahrt ist unbedingt besser als die bisherige, ꝛc.

Der von den Beklagten gegen das klägersche Verbot versetzte Rechtsvorschlag wurde daher als unstatthaft aufgehoben und das Verbot als rechtlich begründet anerkannt.

Viertes Hauptstück.

Von dem Pfandrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

§§. 559—571.

214. Im Jahr 1845 hatte V. K. zu Gunsten des S. B. einen Schuld= und Unterpfandstitel im Betrag von Fr. 1000 errichtet und

letzterer — der Gläubiger — dann denselben einer öffentlichen Kasse abgetreten. Nachdem im Jahr 1859 der Schuldner den Betrag des Titels der fraglichen Kasse abbezahlt und den Akt ungelöscht zurückerhalten, hatte er bei K. Sch. ein Darlehen von Fr. 1400 erhoben und dem Gläubiger zur Sicherheit den ausgelösten Titel vom Jahr 1845 als Eigenthum übergeben. Als hierauf der Schuldner in den Konkurs gerathen und die Forderung von Fr. 1400 in der II. Klasse angemeldet worden, wurde deren Ausweisung aus der Klasse der pfandberechtigten Forderungen anbegehrt, welches Begehren untergerichtlich verworfen, obergerichtlich dagegen als gerechtfertigt erfunden wurde.

Wie der Schuldner den Werth des Titels im Jahr 1859 an die erwähnte Kasse entrichtet und den Titel, gleichviel ob unversehrt oder kassirt, zurückerhalten, ist die Schuld erloschen; denn nach der Natur der Sache und nach der Vorschrift des §. 833 des a. b. G. wird jede Verbindlichkeit durch Zahlung oder Leistung dessen, was ein Verpflichteter schuldet, gelöst. Durch Bezahlung der Forderung ist aber auch das Pfandrecht erloschen, was die accessorische Natur des Pfandrechts mit sich bringt und in unzweideutiger Weise durch die §§. 560 und 605 des a. b. G. ausgesprochen ist. Nicht erst mit der Löschung der Pfandeintragung, welche eine Vorsichtsmaßregel, vor der Hand aber gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, sondern mit der Zahlung und Tilgung der Schuld hat das Pfandrecht zu bestehen aufgehört und daher durch Uebergabe des durch Zahlung ausgelösten und getilgten Unterpfandstitels an einen neuen Gläubiger kein neues Pfandrecht begründet werden können.

Das Gesetz stellt in dem Abschnitt vom Grundpfand die Bedingungen auf, durch deren Erfüllung allein eine Hypothek gültig bestellt werden kann und diese Bedingungen sind im vorliegenden Falle nicht berücksichtigt worden.

Wenn das Bezirksgericht zur Begründung seiner Ansicht sich auf die bisherige allgemeine Landesübung beruft, so hat es dabei die Vorschrift des §. 16 des a. b. G. übersehen, der gemäß alle auf das Pfandrecht bezüglichen Landesübungen und Gewohnheitsrechte zu bestehen aufgehört haben. U. v. 28. Dezember 1860.

215. Dem Staate Aargau wurde J. W. ein Kapital von Fr. 15000 schuldig, zu dessen Sicherheit er 15 verschiedene Realitäten unterpfändlich verschreiben ließ. Bald darauf veräußerte der Schuldner diese Realitäten mit Ausnahme einer einzigen (einer Gebäulichkeit) und es wurde die Forderung des Staates im Betrage von Fr. 17000 dem Käufer vollständig überbunden und dem Gläubiger eine Ueberbundsanzeige zugefertigt.

Als nun über den Schuldner J. W., resp. über dessen Nachlaß der Geldstag erkannt wurde, meldete daselbst der Staat seine ganze Forderung an, trotzdem dieselbe, wie bereits erwähnt worden, in ihrem vollen Umfange auf die verkauften Grundstücke überbunden worden und verlangte, daß die Forderung als auf der fraglichen Gebäulichkeit haftend, in die II. Klasse eingewiesen werde.

Frägt es sich, ob das Begehren des Staates als ein begründetes zu betrachten sei, so muß dies bejaht werden. Das T. Bezirksgericht nahm dies auch an, aber nur für denjenigen Betrag, welcher nach Verhältniß der Schatzungssumme bei der Wegfertigung der verkauften Liegenschaften nach §. 582 des a. b. G. auf die Gebäulichkeit hätte verlegt werden sollen. Allein dieser Beschränkung liegt kein rechtliches Prinzip zu Grunde. Allerdings ist in der angeführten Gesetzesbestimmung vorgeschrieben, daß im Falle einer theilweisen Veräußerung des Grundpfandes die darauf versicherten Forderungen auf alle Theile desselben im Verhältniß des Schatzungswerthes zu verlegen und auf die Besitzer anzuweisen seien. Allein es darf §. 562 des a. b. G. nicht übersehen werden, woselbst der Grundsatz ausgesprochen ist, daß das Pfandrecht ein untheilbares sei und für die ganze Forderung und für jeden Theil derselben auf der Gesammtheit aller Sachen, auf denen es bestellt worden, ruhe und zwar auf jeder einzelnen und auf jedem Theile derselben. Darin liegt das im Pfandrecht zur Geltung kommende Grundprinzip, von dem die oben angeführte Vorschrift des §. 582 keine Ausnahme, sondern nur eine Folge ist.

Wenn daher auch bei der Fertigung der veräußerten Grundpfänder ein verhältnißmäßiger Theil der auf allen Pfändern haftenden Forderung auf die nicht verkaufte Gebäulichkeit verlegt worden wäre, so hätte letztere deßhalb nicht aufgehört für den auf die verkauften Grundstücke überbundenen Theil der Forderung zu haften, eben weil die fragliche Gebäulichkeit für die ganze Forderung verpfändet ist.

U. v. 15. März 1870.

216. Die Errichtung einer Gült von Fr. 1000 fand in der Weise statt, daß 13 dem Schuldner gehörende Grundstücke dafür verschrieben wurden. Zwei dieser Grundstücke gingen später — das eine mit einem Ueberbund von Fr. 140, das andere mit einem solchen von Fr. 50 — an dritte Personen eigenthümlich über. Der Schuldner fiel hierauf in den Geldstag und der Gläubiger, welcher seine Forderung angemeldet, konnte nur für einen kleinen Theil derselben fruchtbar angewiesen werden. Der Gläubiger hob nun für den ganzen noch unbezahlten Rest seiner Forderung gegen die beiden einzelnen verpfändeten Grundstücke, welche

in den Besitz Dritter übergegangen waren, die rechtliche Betreibung an, gegen welche diese dritten jedoch Recht darschlugen, indem sie annahmen, daß eine weitere Haftpflicht als diejenige für die betreffenden Ueberbunds-summen nicht bestehe.

Die Auffassung der Beklagten ist jedoch nicht richtig. Bei dem unzweideutigen Inhalte des §. 562 des a. b. G. unterliegt es nämlich keinem Zweifel, daß das Pfandrecht als ein untheilbares für die ganze Forderung sowohl als für jeden Theil derselben auf der Gesammtheit aller Sachen, auf denen es bestellt worden, ruht und zwar, wie sich die Vorschrift ausdrückt, „auf jeder einzelnen Sache und auf jedem Theile derselben."

Daß das Pfand bis zur gänzlichen Abbezahlung der Forderung ein perpetuirliches sei, ergiebt sich schon aus dem vorangehenden §. 560, der da lautet: „Das Pfandrecht dauert so lange, als die Forderung selbst." Dieser oberste Grundsatz wurde mit der Möglichkeit der freien Verfügung des Schuldners über das Pfand, insoweit dadurch die Sicherheit der darauf ruhenden Pfandrechte nicht verletzt wird, in Einklang gebracht und zwar durch die Vorschrift des §. 582, der festsetzt: „Geht „ein Grundpfand ungetheilt auf einen neuen Eigenthümer über, so ist „der Pfandgläubiger für seine Forderung mit Zins und Kosten ganz „anzuweisen. Wird das Grundpfand nur zum Theil veräußert, oder „geht dasselbe stückweise an mehrere Besitzer über, so sind die auf dem-„selbenversicherten Forderungen auf alle Theile des Grundpfandes im „Verhältnisse des Schatzungswerthes zu verlegen und auf die Besitzer „anzuweisen. Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, diese Anweisungen „anzunehmen."

Allein man würde sehr irren, aus dieser verhältnißmäßigen Verlegung der Forderung, aus der Anweisung derselben und aus der Verbindlichkeit des Gläubigers, die letztere anzunehmen, den Schluß zu ziehen, daß der Pfandnexus der einzelnen Theile des Pfandobjekts sofort wieder gelöst werde und die getrennten Pfandgegenstände nunmehr nur für und bis auf die Summe der betreffenden Anweisung und — weiter nicht mehr — verhaftet bleiben. Eine solche Ansicht stünde im diametralen Widerspruche mit den Bestimmungen der §§. 560, 561 und 562 und müßte den Gesetzgeber einer Wandelbarkeit zeihen, welche mit der einen Hand wieder nimmt, was sie kaum zuvor mit der andern auf eine Weise gegeben, die über den Ernst und die Folgerichtigkeit des ausgesprochenen Grundsatzes keinen Zweifel zuläßt. Das aufgestellte Prinzip der unbedingten Haftung des Pfandes ist mit dem §. 582 ganz gut vereinbar, indem der Gläubiger inzwischen wohl verbunden ist, die Anweisung anzunehmen, dagegen des Pfandrechtes selbst nicht verlustig

wird, so lange die Forderung selbst nicht getilgt, er also noch nicht vollständig befriedigt worden. Wäre man hierüber noch im Zweifel, so müßte derselbe wiederum durch die Vorschrift des §. 585 schwinden, vermöge welcher durch die Theilung oder stückweise Veräußerung des Grundpfandes und die in Folge derselben geschehenen Anweisungen die Einheit der Forderung nicht aufgehoben wird. Es bezieht sich zwar diese Bestimmung zuvörderst auf diejenige des §. 583, nach welcher der bisherige Schuldner noch 3 Jahre vom Tage der Fertigung an für die Forderung haftet und erscheint diese Haftung in ihrer Eigenschaft als eine persönliche, als ein Sicherungsmittel zu Gunsten der Käufer und neuen Schuldner gegen sofortigen Zugriff auf die stückweise verkauften Unterpfänder, aber wiederum berechtigt die persönliche Haftung des Hauptschuldners nicht zu dem Schlusse, daß damit der ursprüngliche Pfandnexus aufhöre; so bald nämlich der Gläubiger auch bei dem Hauptschuldner keine Befriedigung für seine Forderung findet, ist kein innerer Grund gedenkbar, den Pfandvertrag selbst als erloschen zu betrachten, was eben nur dann geschieht, wenn die Forderung ganz getilgt wird, sei es durch die einzelnen Anweisungen oder durch Zahlung des Hauptschuldners selbst.

Zufolge des Nachsatzes des §. 585 ist daher der Gläubiger, der nach §. 582 zwar zur Annahme der Anweisungen verpflichtet ist, hinwieder nicht einmal schuldig, Zahlung einzelner angewiesener Theile der Forderung anzunehmen, sondern kann der Anweisung ungeachtet die Bezahlung der Gesammtforderung verlangen.

Es ist nun zwar ganz richtig, daß wenn die §§. 582 und 585 nicht in Collision kommen sollen, dieses Verlangen nur gegenüber dem Hauptschuldner verstanden werden kann; allein ebenso unerklärlich wäre es, die unbedingte Haftung des Pfandes als aufgehoben sich zu denken, so lange die Bezahlung nicht durch den Hauptschuldner wirklich erfolgt ist. Im vorliegenden concreten Falle ist aber der Hauptschuldner vergeldstagt, die Forderung über Abzug der angewiesenen Ueberbünde im Geldstage geltend gemacht, aber nur mit einer ungenügenden Summe fruchtbar angewiesen worden. Es erstellt sich daher, nachdem die Forderung weder durch die einzelnen Anweisungen noch durch die Ausklagung des Hauptschuldners getilgt worden, als durchaus nothwendige Folge, daß dem Gläubiger die Unterpfänder so lange haften und daß derselbe so lange darauf zu greifen berechtigt sei, als er nicht vollständig für seine Forderung befriediget worden; denn der §. 605 besagt ausdrücklich: „Das Grundpfand erlischt durch Bezahlung der Forderung, durch Uebergang des Pfandes in das Eigenthum des Gläubigers und durch Verzicht", und folglich nicht durch Anweisung und Ueberbindung auf den einzelnen verkauften Pfändern.

Alle Zweifel darüber, daß diese Auffassung wirklich im Sinn und Willen unseres Gesetzes liege, werden aber beseitigt durch die Vorschrift des §. 593 des a. b. G., welcher lautet: „Wird eine Liegenschaft auf Begehren des Gläubigers öffentlich verkauft (§. 590) oder im Geldstage veräußert, so haftet dieselbe nur für die darauf angewiesenen Schulden.“ Hier wird bestimmt und klar ausgesprochen, daß beim Pfandsteigerungsverkauf und beim Verkauf im Geldstag die Liegenschaften nur für die angewiesene Schuld haften. Daraus folgt mit rechtlicher Nothwendigkeit — und vermöge des Grundsatzes, daß eine Ausnahmsbestimmung die Regel bestätige — daß bei allen andern Verkäufen d. h. überall da, wo nicht ein Pfandsteigerungsverkauf und nicht ein Verkauf im Geldstag vorliegt, die verpfändeten Liegenschaften — auch über die Anweisung hinaus — für die Forderung so lange haften, bis der Gläubiger Befriedigung erlangt hat. U. v. 14. April 1869.

217. Zu Gunsten einer Forderung von Fr. 150 a. W. entstand durch deren Ueberbindung auf zwei Grundstücke — ein Stück Mattland und ein Stück Rebland — ein Grundpfandrecht.

Einige Zeit nachher veräußerte der Eigenthümer das eine dieser Grundstücke — das Rebland — und ließ die ganze Forderung von Fr. 150 auf dasselbe überbinden. An den Gläubiger gelangte eine in diesem Sinne lautende Ueberbundsanzeige, welche von ihm auch angenommen wurde.

Als der Käufer des Reblandes in den Geldstag gefallen und der Preis desselben zur Deckung der Pfandforderung nicht ausreichte, hatte der Gläubiger das Pfandrecht auch bezüglich des Mattlandes geltend gemacht, welches einige Zeit vor Ausbruch des erwähnten Geldstages ebenfalls veräußert und frei von jeglicher Pfandbelastung dem Käufer zugefertigt wurde.

Der letztere bekämpfte das Unterpfandsrecht, insoweit es hinsichtlich des Mattlandes in Anspruch genommen werden wollte mit der Entgegnung, daß das Mattland ihm als unverpfändet zugefertigt worden und daß durch die von Seite des Klägers erfolgte Annahme der Ueberbundsanzeige, gemäß welcher für die Fr. 150 einzig das Rebland als haftbar erklärt worden, das Pfandrecht, das auf dem Mattland geruht, verloren gegangen.

Es entstand nun die Frage: Ob der Gläubiger, der zur Verfolgung des Pfandrechts, welches er in Ansehung des Mattlandes beanspruchte, als Kläger aufgetreten, sich nur an dem in fraglicher Gantmasse befindlichen Stück Rebland habe halten können, oder ob er zur Deckung seiner

Forderung auch auf das nicht im Besitz des Geldstagers befindliche Mattland Anspruch habe.

Bei Beantwortung dieser Frage ist es wohl außer Zweifel, daß nach der Vorschrift des §. 582 des a. b. G. bei Veräußerung des Reblandes die versicherte Forderung nur im Verhältniß des Schatzungswerthes hätte überbunden und dann bei Veräußerung des Mattlandes der übrige Theil der Forderung hätte angewiesen werden sollen. Wenn nun aber dies auch nicht geschehen, so folgt daraus nicht, daß das Pfandrecht am Mattland verloren gegangen. Nach §. 560 des a. b. G. dauert nämlich ein Pfandrecht so lange, als die Forderung selbst und nach §. 605 erlöscht ein Pfandrecht nur durch Bezahlung der Forderung, durch Uebergang des Pfandes in das Eigenthum des Gläubigers, sowie durch Verzicht. Hieraus erhellt, daß aus dem bloßen Umstand, daß von einer Fertigungsbehörde das Gesetz außer Acht gelassen und eine Pfandschuld bei Veräußerung von Grundpfändern nicht angewiesen worden, noch keineswegs das Pfand des dabei nicht mitverhandelnden Gläubigers verloren gehe. Dadurch, daß der Gläubiger die Ueberbundsanzeige angenommen, hat er auf das Unterpfandsrecht bezüglich des Mattenlandes nicht verzichtet. Der Gläubiger wird bei der Wegfertigung seiner Grundpfänder weder beigezogen, noch überhaupt um seine Meinung befragt und eben deßhalb ist es Pflicht der Fertigungsbehörde, von Amtswegen die Rechte desselben in der Weise zu wahren, daß sie die haftenden Schulden auch ohne sein Zuthun vorschriftsgemäß überbinde. U. v. 24. September 1857.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Grundpfand.

§§. 572—581.

218. Burkard Kretz von Meerenschwand gelangte mit dem Gesuch an den Gemeinderath daselbst, es wolle auf seinen Liegenschaften eine neue Pfandverschreibung von Fr. 3000, jedoch ohne gemeinderäthliche Garantie, errichtet werden.

Der Gemeinderath weigerte sich, diesem Begehren zu entsprechen, hauptsächlich deßwegen, weil auf den zu Fr. 24600 geschätzten Liegenschaften des Kretz bereits eine Hypothek von Fr. 17400 bestehe, eine weitere Pfandverschreibung von Fr. 3000 also die Pfandschuld mit den gesetzlich garantirten Zinsen so sehr steigern würde, daß sie den Schätzungs-

werth wenn nicht übersteigen so doch erreichen und damit zum Schaden des Kredites der Gemeinde und des Ansehens der Behörde ein Titel geschaffen würde, der dem betreffenden Gläubiger keine Rechtssicherheit bieten könnte.

Das Tit. Bezirksgericht Muri, an welches die Sache in Folge einer Beschwerde des B. Kretz gelangte, wies den Gemeinderath durch Schlußnahme vom 10. April 1871 an, dem Begehren des Kretz zu entsprechen. Gegen diese Schlußnahme trat der Gemeinderath beschwerend beim Obergericht auf, welche Behörde bei Behandlung dieser Sache von folgenden Betrachtungen ausging:

Die volkswirthschaftlichen Rücksichten, welche der Gemeinderath gegen die Errichtung des fraglichen Titels geltend mache, könnten, wenn sie auch im Allgemeinen richtig seien, doch hier nicht in Betracht kommen, weil es sich nur frage, ob eine gesetzliche Vorschrift dem Begehren des Burkard Kretz entgegenstehe oder aber nicht? Diese Frage müsse bestimmt verneint werden. Kein Gesetz beschränke die Befugniß des dispositionsfähigen Eigenthümers, sein Eigenthum nach Belieben mit Pfandschulden zu belasten und beim Mangel dieser Beschränkung bestehe kein Grund, ihm die freie Ausübung dieser Befugniß im vorliegenden Fall zu verwehren. Die übermäßige Erschöpfung des Bodenkredits finde ihre naturgemäße und nothwendige Beschränkung im Verkehr selbst, indem es Sache des Gläubigers sei, zu untersuchen, ob ein Titel ihm genügende Sicherheit biete oder nicht und er im letztern Fall die Annahme des Titels von selbst verweigern werde. Mit der Frage, ob der Titel des B. Kretz dem neuen Gläubiger auch hinlängliche Sicherheit bieten werde, habe daher der Gemeinderath so wenig Veranlassung sich zu beschäftigen, als mit derjenigen, ob B. Kretz die Errichtung eines solchen Titels auch wirklich nöthig habe oder nicht?

Anders würde es sich freilich verhalten, wenn es richtig wäre, was der Gemeinderath befürchten zu müssen glaube, daß die fragliche Pfandverschreibung eine bloß fingirte sei, d. h. dazu bestimmt, das Vermögen des Gesuchstellers der Besteuerung zu entziehen. In diesem Fall wäre das Einschreiten von Seite der Behörden allerdings gerechtfertigt. Allein für die letztere Annahme seien durchaus keine objektiven Anhaltspunkte namhaft gemacht worden. Unter solchen Umständen bestehe somit gegenwärtig kein gesetzlicher Grund, dem Begehren des Burkard Kretz um Errichtung der fraglichen Pfandverschreibung hindernd entgegenzutreten.

219. In einem Geldstage wurde eine auf einem Grundpfand beruhende Forderung vom Geldstagsrichter als pfandberechtigt in

die zweite Klasse aufgenommen. Ein Gläubiger, welcher am Geldstager eine laufende Forderung geltend machte und damit in die sechste Klasse eingewiesen wurde, protestirte gegen die Gültigkeit des in Anspruch genommenen Pfandes, mit dem Anbringen, daß der Schuldner zur Zeit der Errichtung der Schuldpfandverschreibung mehrfach betrieben gewesen, die betriebenen Forderungen aber weder bezahlt, noch überbunden, noch irgendwie sicher gestellt worden und deßhalb die Pfandbestellung ungültig sei.

Allein das Begehren des Klägers um Nichtigerklärung der Grundpfandverschreibung wurde als nicht gerechtfertiget verworfen und zwar aus folgenden Gründen:

Der Klagetheil stelle die Behauptung auf, daß die Unterpfandsverschreibung nach §§. 573, 519 und 521 des a. b. G. als nichtig erklärt werden müsse. Es sei demnach zu untersuchen, welche Bedeutung diesen Gesetzesbestimmungen an und für sich und in Ansehung des erwähnten Grundpfandes beizumessen sei. §. 573 bestimme: „In denjenigen Fällen, in welchen der Schuldner das Eigenthum einer unbeweglichen Sache einem andern nicht zufertigen darf (§. 519), kann derselbe auch kein Grundpfand darauf bestellen." Einen solchen Fall, in welchem das Eigenthum einem andern nicht zugefertiget werden kann, bezeichne nun §. 519 des a. b. G. Diese Gesetzesstelle (auf welche §. 573 ausdrücklich Bezug nehme) laute: „Wenn der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache für eine Schuldforderung betrieben oder rechtlich belangt ist, so darf dieselbe einem andern nicht zugefertiget werden, es sei denn, daß die Schuld bezahlt, oder als eine auf der Sache bestehende Beschwerde angewiesen, oder auf andere Weise dafür Sicherheit bestellt worden." Bei Errichtung der vorwürfigen Hypothek hätte daher die betriebene Forderung durch Zahlung getilgt, oder als auf den Grundpfändern haftend angeschrieben, oder auf eine andere Art sicher gestellt werden sollen, weil das Voraussetzungen seien, an welche die Vornahme einer Fertigung geknüpft werde und der Gemeinderath bei Errichtung einer Hypothek gerade so wie bei Vollziehung einer Fertigung zu Werke gehen müsse.

Es sei aber wesentlich die Frage zu entscheiden, ob die erwähnte Unterlassung der Hypothekarbehörde die Ungültigkeit der Pfandbestellung nach sich gezogen habe. Würde es sich im Falle lediglich um die Fertigung handeln, so träfe sie zufolge §. 521 allerdings der Vorwurf der Ungültigkeit. Allein nicht so gestalte sich die Sache hinsichtlich der Pfandverschreibung. Der citirte §. 573 weise auf §. 519, in welchem für den Gemeinderath die Anleitung enthalten sei, wie derselbe bei Vornahme der Fertigung zu Werke gehen solle, nicht

aber auch auf die Bestimmung des §. 521, welche geradezu die Ungültigkeit jener Fertigung ausspreche, die mit Außerachtlassung des §. 519 zu Stande komme. Der §. 521 des a. b. G. finde also auf die Pfandverschreibung keine Anwendung.

Wäre es richtig, daß die mehrerwähnte Unterlassung der Hypothekarbehörde die Nichtigkeit der Pfandverschreibung herbeiführe, so würde jede auf dem Grundpfande beruhende Sicherheit des Gläubigers zur Illusion herabsinken, weil dann die Unterlassung der Anweisung auch der geringsten betriebenen Forderung die Ungültigkeit der Hypothek zur Folge haben müßte.

Allerdings ziehe die Unterlassung, bei Errichtung einer Hypothek die betriebenen Forderungen Dritter anzuweisen, rechtliche Folgen nach sich. Dieselben bestehen aber, wie aus der bisherigen Betrachtung erhelle, nicht in der Ungültigkeit der Pfandverschreibung, sondern in dem Rechte dieser Dritten auf Ersatz des diesfalls erlittenen Schadens gegenüber denjenigen, welche sich der Unterlassung schuldig gemacht. (§. 607 des a. b. G.) U. v. 26. April 1861.

220. Ueber einen fallit gewordenen Bürger von Ottenbach, Kts. Zürich, war, weil er im Gemeindebann Meerenschwand Liegenschaften besessen, vom Bezirksgericht Muri ein Separatkonkurs durchzuführen. Mit Bezug auf diese im Banne Meerenschwand gelegenen Realitäten wurde ein Grundpfandrecht in Anspruch genommen und zu dessen Begründung eine von der Notariatskanzlei Knonau, der zürcherischen Behörde, errichtete Pfandverschreibung vorgelegt.

Der Geldstagsrichter in Muri wies aber die Forderung als eine laufende in die sechste Klasse ein, weil die Pfandverschreibung im Hypothekarbuch von Meerenschwand sich nicht eingetragen finde und daher nach den Grundsätzen des aarg. Rechts ein gültiges Grundpfand für dieselbe nicht bestellt worden sei. (§. 574.)

Der Gläubiger und Anmelder der Forderung anerkannte, daß der betref. Schuldbrief nur von der Notariatskanzlei Knonau ohne Mitwirkung der aargauischen Fertigungsbehörde errichtet worden sei, allein er trat der Verfügung des Geldstagsabgeordneten wesentlich mit folgender Darstellung entgegen:

Die Grenzen der Kantone Aargau und Zürich seien früher nicht genau ausgeschieden gewesen; daher sei es gekommen, daß oft einerseits zürcherische Notare Land, welches im Kanton Aargau liege, anderseits aargauische Fertigungsbeamte solches, das zum zürcherischen Territorium gehört, verschrieben haben, sobald die Schuldner im Amtskreise der betreffenden Fertigungsbehörde wohnhaft gewesen. Erst in neuerer Zeit

seien die Grenzverhältnisse regulirt und daraufhin unterm 20./26. Mai 1865 ein Staatsvertrag vereinbart worden, um den jetzigen Grenzverhältnissen entsprechend auch die Hypothekarverhältnisse der Grenzgemeinden zu bereinigen. Durch Art. 6 dieses Vertrages — welcher durch die gemeinsame Vollziehungsverordnung vom 26. Nov./15. Dez. 1866 in Vollzug gesetzt worden, sei nun festgesetzt, daß bereits erworbene Rechte Dritter, welche bei dem bisherigen — unregelmäßigen — Verfahren unter Mitwirkung einer unzuständigen Amtsstelle entstanden seien, in ihrem Bestand geschützt werden müssen. Diese Bestimmung finde nun auch Anwendung auf das vorwürfige Pfandrecht und sei daher dasselbe, obwohl von der Notariatskanzlei Knonau, also der unzuständigen Behörde, errichtet, vom aargauischen Richter zu respektiren.

Gegen diese Darstellung ist jedoch Folgendes einzuwenden: Wenn es auch richtig ist, daß die aargauisch-zürcherische Kantonsgrenze an mehrern Punkten bis vor einiger Zeit nicht sicher ermittelt gewesen sei, so hat doch eine Unsicherheit niemals bestanden bezüglich der Kantons- und Gemeindegrenze zwischen Meerenschwand und Ottenbach. Hier hat notorisch von jeher die Reuß die Kantons- und Gemeindegrenze gebildet und der auf dem linken Ufer der Reuß befindliche Güterkomplex, von welchem die angeblichen verpfändeten Liegenschaften einen Bestandtheil bilden, seit unvordenklicher Zeit zum aargauischen Territorium gehört. Die Behauptung, daß die Reuß erst seit etwa 10 Jahren als Grenze angenommen worden sei, widerspricht durchaus dem historischen Sachverhalt und ist auch weder bewiesen, noch durch einen geeigneten Beweisantrag unterstützt.

Der Schwerpunkt der ganzen Controverse beruht nun in der Lösung der Frage, ob die Uebereinkunft vom 20./26. Mai 1865 und die dazu gehörige Vollziehungsverordnung auf die besprochenen Verhältnisse und speziell auf den vorwürfigen Fall wirklich berechnet sei und angewendet werden könne? Diese Frage muß vom Obergericht in Uebereinstimmung mit dem Bezirksgericht verneint werden. Wenn man die Uebereinkunft im Sinn und Zweck und im Zusammenhang auffaßt, so überzeugt man sich, daß es sich darin ausschließlich um Aufstellung von Grundsätzen über Grundstücke handle, welche auf der Grenze beider Kantone liegen, d. h. in das Gebiet beider Kantone hinübergreifen. Bezüglich solcher Grundstücke machte das bisherige mangelhafte Verfahren allerdings eine bindende Norm nothwendig und es ist nur konsequent, daß die Uebereinkunft in §. 6 eine Uebergangsbestimmung aufgestellt, kraft welcher die bisher auf solchen Grundstücken erworbenen Rechte geschützt sein sollen. — Allein diese Uebereinkunft kann durchaus nicht auf solche Grundstücke angewendet werden, die von jeher

unbestreitbar ganz in einem der beiden Kantone gelegen gewesen; für solche Grundstücke hat es einer Uebereinkunft gar nicht bedurft, weil ja darüber kein Zweifel walten kann, welches die zuständige Fertigungsbehörde sei und genießt daher die diesfällige Verschreibung auch nicht den ausnahmsweisen Schutz des §. 6 der Uebereinkunft, sondern ist dieselbe nach den im Fertigungswesen allseitig anerkannten Grundsätzen der Territorialität rechtlich unwirksam. U. v. 18. Jenner 1871.

221. Als der Gemeinderath von M. zur Sicherheit eines Kapitals von Fr. 600 ein in der Nachbargemeinde W. gelegenes Grundstück des Schuldners als Unterpfand verschrieben, wurde dieses Grundstück später von der Fertigungsbehörde der letztern Gemeinde einem Dritten zugefertigt und zwar ohne daß das fragl. Kapital zu Gunsten des Kreditors demselben überbunden worden wäre. Der nunmehrige Eigenthümer der Liegenschaft, um Bezahlung der Fr. 600 angegangen, widersetzte sich dem Klagbegehren, die Ansicht geltend machend, daß die Grundpfandverschreibung von einer inkompetenten Hypothekarbehörde vorgenommen und deßhalb auch kein gültiges Pfandrecht geschaffen worden sei.

Allerdings liegt es in der Natur der Sache und im Gesetz (§. 98 des Gemeindeorganisationsgesetzes vom 26. Nov. 1841), daß der Gemeinderath nur hinsichtlich der in seinem Gemeindebezirk befindlichen Liegenschaften das Fertigungs- und Hypothekarwesen besorge und war deßhalb der Gemeinderath von M. nicht befugt, ein außerhalb seiner Gemeinde gelegenes Grundstück als Unterpfand zu verschreiben.

Der Kläger behauptete aber, daß Einreden gegen eine öffentliche Urkunde, als welche sich die in Rede stehende Pfandverschreibung herausstelle, nur auf dem Wege der Untersuchung geltend gemacht werden können. Dieser aus dem Gesetze herfließenden Einwendung gegenüber fällt jedoch der Umstand in Betracht, daß der Beklagte, der gegenwärtige Eigenthümer des fragl. Grundstücks, das beanspruchte unbelastete, völlig freie Eigenthum an dieser Liegenschaft aus der von seinem heimathlichen Gemeinderath errichteten Fertigungsurkunde, also ebenfalls aus einer öffentlichen Urkunde herleitet. Diese in keiner Weise anfechtbare Urkunde ist es, die als gültig und maßgebend betrachtet werden muß und nicht die von einer inkompetenten Behörde angefertigte Grundpfandverschreibung, welche im Hypothekenprotokoll der Gemeinde W. gar nicht eingetragen wurde. Schon deßhalb verdient die letztere Urkunde keine Berücksichtigung, weil die Rechtsbeständigkeit und Gültigkeit einer Hypothek die Eintragung in das öffentliche Buch der Gemeinde, in welcher das verpfändete Grundstück gelegen ist, voraussetzt.

U. v. 19. Mai 1863.

§§. 582—607.

222. N. N. wurde durch Nachschlag in einem Geldstag für Fr. 503 Schuldner seines Vorgängers. Als der letztere die Betreibung angehoben, schlug der Schuldner Recht dar, unterzog sich dann aber dem Klagschluß, welcher auf Bezahlung der genannten Summe von Fr. 503 gelautet. Hierauf verkaufte der Schuldner das Unterpfand und ließ den Gläubiger mit seiner Forderung auf den Käufer anweisen. Der letztere verweigerte die Annahme der Anweisung, weßhalb der Schuldner nunmehr als Kläger auftrat und unter Bezugnahme auf §. 519 und den letzten Satz des §. 582 des a. b. G. das Begehren stellte: Der Gläubiger sei schuldig, die ihm angebotene Ueberbundsanzeige für das ihm schuldige Kapital von 503 Franken anzunehmen.

Hierüber wurde befunden: Die streitige Frage sei die, ob der Gläubiger einer unterpfändlichen Schuldforderung sich auch dann mit einer Anweisung auf das Pfand begnügen müsse, nachdem er in Folge Abstandserklärung des Schuldners einen exekutionsfähigen Titel erlangt habe. Da nach §. 419 der P. O. ein vor Gericht erklärter Abstand vom Streite einem rechtskräftigen Urtheile gleich zu achten sei, so ergebe sich, daß der Gläubiger speziell auf Grund des Abstandes des Schuldners vom frühern Forderungsstreite ein persönliches Recht erworben habe, seinen Schuldner auf Baarzahlung zu exequiren. Wenn ihm aber ein solches Recht zustehe, so sei er nicht verbunden, sich mit der Anweisung oder mit dem Ueberbunde auf das vom Schuldner verkaufte Unterpfand zu begnügen.

Betrachte man den §. 582 mit Bezugnahme auf §. 591, der der erstern Stelle scheinbar widerspreche, so erhelle, daß §. 582 sich auf die Fälle der Handänderung beziehe, wo die Forderung überhaupt noch nicht fällig geworden, letztere Bestimmung aber auf den Fall, wo die Forderung als fällig gedacht werde und es sich somit um den öffentlichen Verkauf des Grundpfandes (§. 590) oder aber um die Belangung des Schuldners selbst (§. 591) handle.

Das Klagbegehren wurde daher als unbegründet zurückgewiesen.

U. v. 24. Jenner 1854.

223. Nach Vorschrift des §. 583 des a. b. G. haftet bei ungetheilter gänzlicher, oder bei theilweiser Handänderung und Anweisung der bisherige Schuldner von der Fertigung an noch drei Jahre, wenn dieselbe bereits verfallen und wenn sie nicht verfallen, drei Jahre über die Verfallzeit hinaus. Vgl. Nr. 2.

224. Von einigen der Erben des J. H. wurde ihr in Liegenschaften und Fahrhabe bestehender Antheil an der Verlassenschaft den Miterben um die Summe von Fr. 20000 überlassen. Als diese letztern die so erworbenen Realitäten als Unterpfand für ein Darleihen verschreiben zu lassen Willens waren, drangen die Ausgekauften darauf, daß die ihnen versprochene Auskaufssumme in dem zu errichtenden Unterpfandstitel als Vorgang bezeichnet werde.

Das Gesetz, §. 589 des a. b. G., spricht unzweifelhaft für die Begründtheit des Begehrens der Ausgekauften, indem nach jener Vorschrift die Gläubiger der durch Kauf-, Tausch- und Abtretungsverträge entstandenen Forderungen auf den veräußerten Liegenschaften ein gesetzliches Pfandrecht haben.

Die Uebernehmer der Liegenschaften halten aber dafür, daß die Abtreter durch Art. 3 und 6 des diesfälligen Vertrages auf das ihnen zustehende gesetzliche Pfandrecht Verzicht geleistet. Art. 3 lautet: „Bis zur gänzlichen Abbezahlung bleiben die Auskäufer gegenüber den Ausgekauften solidarisch verhaftet und in Art. 6 findet sich die Bestimmung, daß die abgetretenen Liegenschaften den Auskäufern überlassen sein sollen, ohne weiteres Anspruchsrecht der Ausgekauften und einzig der ungestörte lebenslängliche Wohnsitz der Wittwe des Erblassers vorbehalten werde.

Aus Artikel 3 des Vertrages läßt sich nun aber der von den Uebernehmern behauptete Pfandrechtsverzicht nicht herleiten; ein solcher Verzicht ist um so weniger anzunehmen, als ja schon nach gesetzlicher Bestimmung (§. 636 des a. b. G.) unter mehrern Mitverpflichteten ein Solidarverhältniß besteht, ohne daß dadurch die Bestimmung des §. 589 unwirksam gemacht wird. Dem Art. 6 ist offenbar nur der Sinn beizulegen, daß dadurch die vollständige Eigenthumsübertragung ausgesprochen werden wollte; ein Verzicht auf das gesetzliche Grundpfandrecht kann in dem Wortlaute dieser Vertragsbestimmung unmöglich gefunden werden.

U. v. September 1871.

225. Nach Vorschrift der §§. 663 und 791 des a. b. G. tritt der Bürge oder ein in anderer Weise Mitverpflichteter, welcher den Gläubiger bezahlt, in dessen Rechte, also wenn der Gläubiger Grundpfandrechte besitzt, auch in diese ein.

Diese Bestimmungen setzen aber nach ihrem Wortlaut und Sinn die volle Befriedigung des Gläubigers voraus. Wird der Gläubiger von dem Bürgen oder Mitverpflichteten nur theilweise bezahlt, so steht ihm, wenn er Grundpfandgläubiger ist, das Recht zu, aus den ihm vom Hauptschuldner verschriebenen Pfändern vor allem aus sich

für den Rest seiner Forderung bezahlt zu machen und der Mitverpflichtete, welcher ihn theilweise befriedigt hat, kann erst dann und nur insofern auf die Pfänder greifen, als der Gläubiger vollständig bezahlt ist und sich vom Pfanderlös noch ein Ueberschuß erzeigt.

Es kann unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen und ist mit der Natur das Pfandrechts- und überhaupt jedes Sicherungsvertrages unvereinbar, daß der Nebenverpflichtete, der den Gläubiger theilweise befriedigte, mit seiner Ersatzforderung an dem Hauptschuldner die Sicherheit des Gläubigers verkürze und diesen von der Befriedigung und dem Pfanderlös verdränge. Dem Mitverpflichteten, welcher dem Unterpfandsgläubiger theilweise Zahlung geleistet, steht daher allerdings nicht nur ein Forderungsrecht gegen den Hauptschuldner zu, sondern hat er auch ein Pfandrecht auf die vom Hauptschuldner dem Gläubiger versetzten Liegenschaften, insofern der letztere vorerst vollständig aus deren Erlös gedeckt ist und kann derselbe im Konkurse des Hauptschuldners und zwar in der II. Gläubigerklasse auf den Ueberschuß Anweisung verlangen.

U. v. 10. März 1859.

226. In der Gemeinde M. mußte seinerzeit zufolge Schlußnahme des Bezirksgerichts eine Hypothekarbereinigung vorgenommen werden, nachdem eine Publikation erlassen worden, daß alle Pfandrechte auf Liegenschaften in fraglicher Gemeinde anzumelden seien, mit der Androhung, daß die Unterlassung der Anmeldung den Verlust des Pfandrechts zur Folge habe.

Als das T. Bezirksgericht alsdann die angefertigten neuen Hypothekenprotokolle an die Stelle der alten gesetzt und sie einzig als gültig erklärt hatte, wurde bei Durchführung eines Geldstages eine Forderung, für welche dereinst die Liegenschaften des Schuldners verpfändet worden, geltend gemacht und das diesfalls eingesetzte Pfand in Anspruch genommen, obgleich die Forderung und das damit verbundene Grundpfandrecht bei Anlaß der erwähnten Hypothekarbereinigung nicht angemeldet worden.

Diejenigen, welche das Pfandrecht bestritten, stützten sich hauptsächlich auf die vom Bezirksgericht zum Zwecke der Hypothekarbereinigung gefaßte Schlußnahme, wornach die Unterpfandsgläubiger ihre Forderungen bei Vermeidung des Verlurstes des Pfandrechts anzumelden hatten.

Was nun die rechtliche Bedeutung jener gerichtlichen Schlußnahme anbetrifft, so hat durch §. 606 des a. b. G. der Gesetzgeber offenbar im Interesse und zur Wahrung des Hypothekarkredits verordnet, daß die in den Hypothekenprotokollen eingetragenen Grundpfandrechte von den Behörden jeweils von Amtswegen berücksichtigt und in das Ansprachen-

verzeichniß eingetragen werden und gestattet demgemäß das Gesetz nicht, daß wegen Mangels der Anmeldung ein Pfandrecht, dessen Vorhandensein die öffentlichen Bücher konstatiren, in Verlurst gerathe, welche Bücher gerade zu dem Zwecke geführt werden, damit die Behörden sich in der Lage befinden, für den Schutz und die Erhaltung der bestehenden Grundpfandrechte auch ohne Mitwirkung des Gläubigers besorgt zu sein. Der Gemeinderath wäre daher, als die Hypothekarbereinigung daselbst vollzogen worden, verpflichtet gewesen, das genannte Pfandrecht von Amtswegen und ohne alles Hinzuthun des Gläubigers auch in das neue Hypothekenprotokoll aufzunehmen. Unterließ dies der Gemeinderath, so kann dadurch dem wohlerworbenen Grundpfandrecht kein Eintrag geschehen, sondern muß das letztere für so lange als bestehend und wirksam betrachtet werden, bis einer der gesetzlichen Erlöschungsgründe nachgewiesen ist.

U. v. 21. September 1869.

227. Handelt es sich um die Frage, ob eine Pfandforderung deßwegen erlösche, weil sie in einem Schuldenruf nicht angemeldet und auch von der Behörde nicht von Amteswegen aufgenommen worden war, so ergiebt sich folgendes:

Aus dem Begriffe des Pfandrechts als eines dinglichen Rechtes fließt die Befugniß des Pfandgläubigers, sein Pfandrecht gegen jeden Inhaber des Pfandes so lange wirksam geltend zu machen, bis die Pfandschuld getilgt ist. Demgemäß enthält denn auch der §. 560 des a. b. G. die Bestimmung, daß das Pfandrecht so lange dauert, als die Forderung selbst. Der §. 605 des a. b. G. setzt fest, in welcher Weise ein Pfandrecht erlöschen kann, nämlich entweder durch Bezahlung der Forderung, oder durch Uebergang des Pfandes in das Eigenthum des Gläubigers, oder durch Verzicht. Als eine reine Konsequenz des allgemeinen Grundsatzes, daß Pfandrechte nur auf die eben angegebene Art erlöschen können, erscheint die in §. 606 vorgeschriebene Verhaltungsmaßregel, dahin gehend, daß Pfandforderungen bei amtlichen Güterverzeichnissen, Schuldenrüfen und Geldstagen auch ohne Zuthun des Gläubigers von der betreffenden Behörde dem Hauptgute nach nebst dem laufenden Zins zu verzeichnen und aufzunehmen seien. Dadurch ist deutlich genug ausgesprochen, daß das Pfandrecht des Gläubigers auch ohne sein Zuthun gewahrt werden müsse.

Wenn aber die Wahrung dieses Pfandrechts der klar ausgesprochene Zweck des Gesetzes ist, so kann eine Unterlassung von Seite der zum Handeln verpflichteten Behörde dem Rechte des Pfandgläubigers keinen Eintrag thun, denn es behauptet der Grundsatz seine durchschlagende Geltung, daß das Pfandrecht so lange dauere, als die Forderung selbst.

Die in §. 303 der P.=O. auf die Nichtanmeldung von Forderungen angedrohte Folge des Verlursts findet also auf grundpfändlich versicherte Forderungen keine Anwendung, weil eine allgemeine Gesetzesbestimmung einer speziell beschränkenden nachstehen muß und letztere als die maßgebende zu betrachten ist. U. v. 17. Februar 1865.

228. Jakob Lüthi von Schöftland führte Klage gegen die im Jahr 1841 zu Schloßrued bestandene Fertigungsbehörde, in der er angebracht:

Die genannte Fertigungsbehörde habe unterm 8 Wintermonat 1844 eine Obligation mit Schadlos auf Melchior Härdi, jünger zu Schloßrued, als Hauptschuldner, sodann Melchior Härdi, Vater und den Kläger Jakob Lüthi als Bürgen zu Gunsten des Herrn Pfarrers Müller in Kölliken im Betrage von Fr. 850 a. W. gefertigt. Im Jahr 1848 sei der Hauptschuldner in den Geldstag gefallen, in welchem von der Forderung des Herrn Pfarrers Müller, welche mit Zins und Kosten zum Betrage von Fr. 1044. 80 angewachsen, Fr. 622. 63 verloren gegangen. Im Jahr 1850 sei auch der Mitbürge Melchior Härdi, Vater, in den Konkurs gerathen, daselbst die Hälfte des im Geldstage des Hauptschuldners entstandenen Verlurstes mit Fr. 311. 31½ angemeldet, allein mit Ausnahme eines ganz geringen Betreffnisses, welches Deckung gefunden, auf den Kläger und Mitbürgen Lüthi unter Vorbehalt allfälliger Rechte auf die Fertigungsbehörde Schloßrued gewiesen worden, so daß er allein bezüglich des ganzen Betrages von Fr. 622. 63 Schuldner geworden. Die Fertigungsbehörde sei aber verpflichtet, ihm Ersatz zu leisten. Die unterpfändlich verschriebenen Liegenschaften seien nicht richtig, nämlich zu hoch, geschätzt, das Maß derselben nicht wahrheitsgetreu angegeben und ein Grundstück als Unterpfand verzeichnet worden, nachdem dasselbe vom Schuldner längst verkauft gewesen. Sodann habe die Fertigungsbehörde unterlassen, die auf den Grundpfändern haftenden Vorgangsschulden, welche vermittelst der aufgebrochenen Summe zu tilgen sie sich verbindlich gemacht, abzubezahlen. Es werde daher der Schluß gezogen: Die beklagte Fertigungsbehörde sei schadensersatzpflichtig zu erklären und zur Bezahlung von Fr. 622. 53 a. W. an den Kläger zu verurtheilen.

Die beklagte Behörde hatte die thatsächlichen Momente der Klage verneint und dem Kläger die Legitimation zur Sache bestritten mit dem Bemerken, daß er nicht nachgewiesen, daß er den Gläubiger befriedigt und der Forderungsanspruch auf ihn, den Kläger, übergegangen sei.

Ueber das gestellte Klagbegehren wurde befunden: Jakob Lüthi führe eine Schadensersatzklage; eine solche setze vor allem die Zufügung eines Schadens voraus. Es wäre daher vor allem dem Kläger obgelegen,

zu beweisen, daß er infolge der Handlungsweise der Beklagten Schaden erlitten habe. Statt dessen habe er aber nur nachzuweisen versucht, daß er als einzig gebliebener Schuldner des Herrn Pfarrers Müller Schaden erleiden werde.

Die bloße Befürchtung aber, einen Vermögensnachtheil erleiden zu müssen, auch wenn dieser Nachtheil noch so wahrscheinlich sei, stehe der wirklich eingetretenen Vermögensbenachtheiligung nicht gleich. Für einmal sei es ja noch nicht ausgemacht, daß wenn der Gläubiger den Kläger Lüthi um Bezahlung der Schuldrestanz belangen werde, dieser nicht im Falle sei und zwar für sich allein oder in Verbindung mit den Beklagten, denen alsdann der Streit verkündet werden möge, dem Angriffe des Gläubigers ganz oder theilweise zu begegnen. Je nachdem letzteres der Fall, entstehe dem Kläger gar kein oder wenigstens ein geringerer Schaden und je nachdem richte sich auch seine Klagberechtigung gegen die beklagte Behörde.

So fordere aber Kläger mit Unrecht, daß die Fertigungsbehörde nicht sowohl für gestifteten Schaden, als überhaupt für die Schuldverbindlichkeit des Klägers einstehe. Eine solche Verpflichtung habe die Fertigungsbehörde weder nach Gesetz, noch nach Vertrag übernommen. Für einmal liege es auch noch in Frage, ob, wenn Schaden durch die Handlungsweise der beklagten Behörde entstanden, dieser Schaden dem Gläubiger oder dem Kläger auffalle.

Die Schadensersatzklage wurde sonach als voreilig abgewiesen.

U. v. 16. Jenner 1855.

229. Bei der Wegfertigung eines veräußerten Heimwesens unterließ der Gemeinderath den darauf versicherten Kapitalbetrag von Fr. 500 auf den Käufer zu überbinden. Als der Verkäufer bald darauf in den Geldstag gerathen, hatte der Gläubiger den fraglichen Betrag angemeldet, war aber damit gänzlich zu Verlurst gewiesen worden. Der Gläubiger bezeichnete diesen Verlurst als Folge der pflichtwidrigen Unterlassung der Fertigungsbehörde und belangte dieselbe unter Hinweisung auf §. 607 des a. b. G. um Ersatz des im Konkurse verloren gegangenen Betreffnisses.

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Pfandrecht entscheiden aber die diesfällige Streitfrage zu Ungunsten des Klägers. Nach §. 560 des a. b. G. dauert das Pfandrecht so lange als die Forderung selbst und nach §. 562 ist das Pfandrecht untheilbar und ruht für die ganze Forderung und für jeden Theil derselben auf der Gesammtheit aller Sachen, auf denen es bestellt worden und zwar auf jeder einzelnen und auf jedem Theile derselben. Zufolge §. 579 haftet das Gut, auf welchem ein Pfandrecht eingetragen ist, dem Gläubiger für seine Befriedigung

auch dann, wenn nicht der Schuldner, sondern ein Anderer dasselbe im Besitz hat. Die in Rede stehende Forderung hat nun zur Zeit der Veräußerung des Heimwesens noch Bestand gehabt, mit der Forderung aber auch das dafür bestellte Pfandrecht, gleichviel ob die Forderung bei der Veräußerung der Grundpfänder angewiesen oder nicht angewiesen worden und ob das Pfand sich im Besitze des Schuldners oder eines Dritten befunden habe.

Die Pflichtvernachlässigung des Gemeinderathes bei der Fertigung der verkauften Grundpfänder hat daher die Forderungs- und Pfandrechte des Gläubigers nicht im Geringsten alteriren können. Der Kläger ist nach wie vor berechtigt gewesen, nach den Bestimmungen der §§. 590, 591 und 594 des a. b. G. seine Rechte auf die Grundpfänder geltend zu machen und ist demgemäß der Verlurst, den der Gläubiger im Geldstage des Verkäufers erlitten, nicht die unmittelbare Folge eines Verschuldens der Fertigungsbehörde. U. v. 31. August 1859.

230. Kaspar Bossardt von Baar, Kantons Zug, trat gegen die von 1849 bis 1851 gewesenen Mitglieder des Gemeinderathes Jonen in der Eigenschaft als Hypothekar- und Fertigungsbehörde klagend auf und belangte sie um Ersatz der in der Gant des Alois Bürgisser in's Laufende versetzten und daher in Verlurst gerathenen Anforderung seiner Ehefrau im Betrage von Fr. 1056. 39 nebst Zinsen. Der Grund der Haftbarkeit der Behörde wollte in folgenden Thatsachen gefunden werden:

Das der Mutter der Ehefrau zustehende Weibergut sei auf dem Heimwesen des Vaters und Ehemannes Bürgisser versichert gewesen. Beim Uebergang dieses Heimwesens auf den nun vergeldstagten Sohn Alois habe diese Versicherung noch in Kraft bestanden; allein bei einem Geldaufbruch des Sohnes habe die Hypothekarbehörde die Liegenschaften als frei und ledig verschrieben, die Versicheruug des Muttergutes verschwiegen und aufgehoben und statt der frühern Sicherheit der Mutter Bürgisser für das eingekehrte Frauengut, das in dem Betrage von Fr. 1700 alt. W. bestehe, eine Bürgschaftsverpflichtung des Gemeindeschreibers Hagenbuch zu Stande gebracht und diesen Titel in Verwahrung genommen. Im Jahr 1851 habe Frau Bürgisser einen Theil ihres Vermögens unter ihre Kinder vertheilt; laut Theilungsverhandlung sei die Ehefrau des Klägers für ihren Antheil am Muttergut unter Anderm auf dasjenige Kapital verwiesen worden, welches Alois Bürgisser seiner Mutter geschuldet habe. Diese Anweisung auf Alois Bürgisser sei nun aber eine unversicherte, aus Schuld des beklagten Gemeinderathes mit Verlurst bedrohte, während das Muttergut auf

den Nachlaß des Vaters versichert gewesen sei. Der Gemeinderath habe daher dem Kläger gegenüber zu haften und möge er sich dann gutfindend an dem Bürgen zu erholen suchen.

In Ansehung dieses Klagbegehrens ergiebt sich Folgendes:

Unterm 14. März 1849 habe sich Gemeindeschreiber J. Hagenbuch zu Gunsten der Wittwe Bürgisser verpflichtet, für eine ihr als Frauengut zugewiesene Kaufsrestanz von Fr. 1700 alt. W. sammt Zinsen aus dem Nachlaß ihres Ehemannes als Bürge und Selbstzahler zu haften. Diese Bürgschaftsverpflichtung sei schon vor Beginn des gegenwärtigen Rechtsstreites in den Besitz des Klägers, des Rechtsnachfolgers der Wittwe Bürgisser gelangt, indem die Klage selbst zugebe, daß von dem Kapital, für welches sich J. Hagenbuch verbürgt habe, ein Theil, nämlich Fr. 739. 47 alt. W. nebst Zinsen der Frau des Klägers als mütterliches Erbe zugetheilt worden und daß die gleichen Rechte, welche die Mutter auf den Hauptschuldner und den Bürgen besessen, auch auf die Tochter übergegangen seien. Habe nun aber der Kläger einen Bürgen für seine im Geldstage des Alois Bürgisser verlorengegangene Ansprache, so müsse er vor allem aus diesen Bürgen belangen, bevor er die Mitglieder des Gemeinderathes zum Ersatz wegen allfälliger Vernachlässigung ihrer amtlichen Obliegenheiten anhalten könne. Die vorliegende Klage auf Schadloshaltung erscheine nämlich so lang als voreilig, als ein wirklicher Schaden nicht eingetreten sei; von einem solchen könne aber für einmal nicht gesprochen werden, weil noch ein anerkannt belangbarer, aber rechtlich nicht in Anspruch genommener Bürge vorhanden sei. U. v. 21. August 1855.

Dritter Abschnitt.

Von dem Faustpfande.

§§. 608—616.

231. Die Controverse, ob für das Pfand an einer Forderung die körperliche Inbesitznahme des Forderungstitels nöthig sei oder nicht, mußte an der Hand unserer Gesetzgebung im bejahenden Sinne entschieden werden.

Es wurde nämlich ein Faustpfand als ungültig angefochten, weil der Gläubiger den angeblichen Forderungstitel, der das Objekt der Verpfändung bildete, gar nicht in Verwahrung erhalten hatte. (§. 610 des a. b. G.) Der Gläubiger bestritt die Anwendbarkeit dieser Bestimmung, weil sie nur für das Pfand an beweglichen körperlichen

Sachen gelte, wogegen für das Pfand an Forderungen besondere Bestimmungen (§§. 614 und 615) aufgestellt seien.

Die Ansicht, daß nach diesen Gesetzesstellen die Uebergabe des Pfandtitels an den Pfandgläubiger nicht nöthig, weil nicht speziell vorgeschrieben sei, ist nun aber willkürlich und weder mit dem grammatikalischen noch logischen Sinn der Lehre über das Faustpfand, noch deren einzelnen Bestimmungen vereinbar. Wenn der Abschnitt über das Faustpfand in §. 614 auch von „Forderungen", welche zum Pfand gegeben werden", spricht, so versteht man immer nur — zum Faustpfand. Forderungen als Rechtsbegriffe sind zwar zu den beweglichen Sachen zu zählen, bilden aber als unkörperlich nicht den Gegenstand eines Faustpfandvertrages. Es muß daher zum Faustpfandvertrag nothwendig noch der Forderungstitel hinzutreten, widrigenfalls es sich nicht mehr um ein Faustpfand, sondern um eine Abtretung handeln könnte.

Die Vorschrift des §. 614 ist daher nicht vermögend, das Haupterforderniß eines Faustpfandes, die Besitznahme desselben, außer Wirksamkeit zu setzen; sie geht bloß dahin, den Pfandschuldner durch amtliche Anzeige dem neuen Gläubiger, dem Besitzer des Faustpfandes gegenüber verbindlich und diesen gegenüber dem Eigenthümer, welcher ohne diese Anzeige die Forderung einziehen könnte, sicher zu stellen.

U. v. 8. Jenner 1867.

Dritter Theil.

Obligationenrecht.

Dritter Theil.

Von Forderungen u. Verbindlichkeiten.

Erstes Hauptstück.

Von den Forderungen und Verbindlichkeiten, welche aus Verträgen entstehen.

Erster Abschnitt.

Von den Verträgen überhaupt.

§§. 617–626.

232. Nach §. 618 des a. b. G. ist zur Gültigkeit des Vertrages die Willenseinigung der Kontrahenten erforderlich. Vgl. Nr. 263.

233. Jemand, der seinen Antheil an einem Gewerbe vertragsweise seinem Geschäftsgenossen überlassen, klagte auf Aufhebung des daherigen Vertrages, mit der Behauptung, daß er durch Zwang und Arglist zur Unterzeichnung desselben veranlaßt worden. Er begründete diese Behauptung mit dem Anbringen: er habe im fraglichen Gewerbe die gemeinsame Kasse geführt; der Miteigenthümer des Gewerbes habe ihm nun den Vorwurf gemacht, daß er bei Führung der Kasse sich Verschlagnisse habe zu Schulden kommen lassen, und zwar mit der Androhung, daß er der behaupteten Verschlagnisse wegen gegen ihn einen Strafprozeß veranlassen und unverzüglich seine Verhaftung nachsuchen werde, wenn er ihm seinen Antheil am Gewerbe nicht abtrete. Unter dem Drucke dieser Drohung, welche mit der Bemerkung verbunden worden, daß der Landjäger, der ihn abführen werde, schon in der Nähe sei, habe er den ihm vorgelegten Vertrag unterschrieben.

Die streitige Frage löst sich an der Hand des §. 624 des a. b. G., welcher vorschreibt: „Ist Jemand durch Zwang oder Arglist veranlaßt worden, seine Einwilligung zu einem Vertrage zu geben, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit; er ist berechtigt, volle Genugthuung zu fordern.“ Es ist daher zu untersuchen, ob in den klägerisch angeführten Thatsachen, vorausgesetzt, daß sie bewiesen würden, ein Zwang oder eine Arglist liegen würde. Nach Rechtsgrundsätzen ist Zwang alsdann vorhanden, wenn Jemand entweder durch physisches Uebergewicht eines Andern, oder durch ungerechte Androhung eines bedeutenden, in Aussicht gestellten Uebels, von welchem man nur durch gefährliche Mittel sich zu schützen im Stande wäre, zu einer rechtlichen Handlung veranlaßt wird. Sind aber nur solche Uebel angedroht, vor welchen man als rechtlicher Mann sich nicht zu fürchten braucht, wie z. B. eine Strafklage, so kann darin noch kein Zwang im gesetzlichen Sinne des Wortes erblickt werden.

Unsere Einrichtungen im Strafwesen sind nicht der Art, daß man ohne Weiteres einen Unschuldigen verhaften und in langwierige Untersuchungen verwickeln kann. Uebrigens bedroht das Gesetz den falschen Ankläger selbst mit peinlicher Strafe, um Garantie zu gewähren, daß kein Unschuldiger leichtfertig in strafrechtliche Untersuchung gezogen werde. Man darf daher zur Ehre eines wohlgeordneten Staates annehmen, die Drohung, Jemanden in gerichtliche Untersuchung zu ziehen, werde bei ihm, wenn er sich unschuldig fühle, nicht eine solche Furcht verursachen, daß er dadurch zur Eingehung nachtheiliger Geschäfte sich verleiten lasse.

Ist somit ein Zwang im Sinne des Gesetzes nicht nachgewiesen, so frägt es sich dann noch einzig, ob solche Thatsachen behauptet seien, aus denen gefolgert werden könnte, der Beklagte hätte sich einer Arglist gegen den Kläger schuldig gemacht. Arglist ist dann anzunehmen, wenn Jemand böslicher Weise den Irrthum eines Andern benutzt oder erregt zur Erreichung selbstsüchtiger Zwecke. Daß nun aber beim Kläger ein Irrthum erregt, oder ein Irrthum über irgend einen Gegenstand vom Gegner benutzt worden, wird von ihm selbst nicht behauptet. Im Gegentheil will der Kläger ja die Folgen seiner Handlung sehr gut gekannt und sich dagegen gesträubt, somit nicht etwa irrthümlicher Weise den Vertrag unterzeichnet haben, sondern vielmehr wegen der Androhung eines Strafprozesses, welche Androhung aber, wie oben nachgewiesen worden, ihn nicht von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien vermag. U. v. 2. Oktober 1862.

234. Beim Abschluß des Kaufes über ein Stück Waldboden soll der Verkäufer vorgegeben haben: Das Waldstück enthalte einen Flächeninhalt von 3 Vierling, während es nur 2 Vierling groß war, ferner dasselbe sei gut mit Holz bewachsen und habe einen reellen Werth von mindestens Fr. 600, während es einen geringen Holzbestand und einen Werth von höchstens Fr. 200 hatte. Der Käufer, der vom Gegenkontrahenten um Mitwirkung bei der Fertigung des Kaufes angegangen wurde, gründete hierauf die Einrede der Arglist.

Allein wenn auch die Moral eine derartige Uebervortheilung verbietet, so hält gleichwohl die fragl. Einrede, wenn sie unter den für den Richter allein maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkt gebracht wird, die Probe nicht aus. Was vorerst den zweiten Theil der Einrede anbetrifft, so kann doch wohl von einer arglistigen Täuschung nicht gesprochen werden, wo es sich um Eigenschaften des Kaufsobjektes handelt, die offen zu Tage treten und von einem Käufer mit gesunden Sinnen sofort gewürdigt werden können und von ihm auch gewürdigt werden müssen, wenn er einen allfälligen Schaden nicht lediglich seinem Leichtsinn zuschreiben will. Ebenso unbehelflich ist auch die behauptete Unrichtigkeit der Angabe des Flächeninhalts. Gesetzt nämlich, das Grundstück messe bloß 20,000 statt 30,000 Quadratfuß, so ist nicht bewiesen, daß der Verkäufer wissentlich Unwahres behauptet, ja es ist dieses nicht einmal wahrscheinlich, wenn man erwägt, daß er dem Käufer 3 Vierling vertragsgemäß zugesichert, somit auch dieses volle Maß übergeben muß, wenn er vom Gegenkontrahenten die Erfüllung des Vertrages verlangen will. U. v. 15. November 1870.*

* In Betreff der Einrede der Arglist s. auch Nr. 120.

235. Der um Haltung des Vertrages belangte Käufer einer Liegenschaft widersetzte sich dem Klagbegehren mit der Einwendung, daß er beim Abschluß des Rechtsgeschäftes betrunken gewesen sei. Der Zeuge, welcher über die Schutzbehauptung des Beklagten einvernommen worden, sagte aus: Der Beklagte sei bei fraglichem Anlasse jedenfalls betrunken gewesen, aber nicht so stark, daß er nicht mehr habe stehen können. Der Kläger bestritt die Erheblichkeit der Aussage, von der Ansicht geleitet, aus der Antwort des Zeugen ergebe sich nicht, daß dem Beklagten bei Eingehung des Kaufsvertrages die dazu nöthige Ueberlegung und Freiheit des Willens gemangelt habe.

Zu dieser Bestreitung des Klägers ist jedoch kein genügender Grund geboten. Der Beklagte hatte dem Beweisurtheil zufolge den Nachweis zu erbringen, daß er zur Zeit der Kaufsverhandlung und als er sein

Angebot machte, betrunken gewesen sei. Diese Thatsache findet in der Aussage des Zeugen ihre Bestätigung. Der Umstand, daß der Zeuge seiner diesfälligen Aussage noch die Erklärung beifügte, der Zeuge sei nicht so stark betrunken gewesen, daß er nicht mehr habe stehen können, vermag seiner vorhergehenden Deposition den sachentscheidenden Charakter nicht zu benehmen. Vom Gesetz (§. 625 des a. b. G.) wird dieser Grad von Trunkenheit, daß einer nicht mehr stehen könne, nicht verlangt, sondern erklärt dasselbe einfach: Verträge, die jemand im Zustande der Trunkenheit abschließt, seien für ihn unverbindlich.

Es ist übrigens auch eine in der Erfahrung begründete Thatsache, daß einer sogar ziemlich stark betrunken sein kann, ohne deßwegen seine aufrechte Haltung zu verlieren. Wäre jemand so stark betrunken, daß er nicht mehr zu stehen vermöchte, so würde ein solcher schwerlich mehr zu irgend einem Rechtsgeschäfte (sei es für ihn ein günstiges oder ungünstiges) sich herbeilassen, zumal er dann an der Grenze völliger Bewußtlosigkeit stünde, wo die Verstandeskräfte geschwunden sind und in der Regel sogar das Sprachvermögen bedeutend geschwächt ist.

Nach dem Gesetze genügt der Nachweis wirklicher Betrunkenheit, nämlich jenes Grades derselben, wo die Einsicht in rechtliche Verhältnisse in bedeutendem Maße getrübt erscheint, weil alsdann die Denkkraft zurückgedrängt und ein vages Gefühlsleben an deren Stelle getreten ist. U. v. 27. Dezember 1859.

236. Es wurde eine Civilklage rechtshängig, welche wesentlich dahin ging: Der Beklagte habe als Kollekteur für die Lotterie in Uri beim Kläger ein Billet abgesetzt, vermittelst welchem er einen Gewinn erlangt habe. Dieser Gewinn sei von der Lotteriedirektion dem erwähnten Kollekteur zugesandt worden, der ihn aber dem Kläger nicht verabfolgen wolle, weßhalb von demselben auf rechtlichem Wege dessen Herausgabe verlangt werde.

Mit der Klage verband der Kläger das Editionsbegehren: Der Beklagte habe das Verzeichniß, welches er über die Lotteriespieler und ihre periodischen Einlagen, sowie über die denselben ausgegebenen Loose angelegt habe, herauszugeben. Dieses Editionsbegehren wurde vom Beklagten bestritten und obergerichtlich auch als unstatthaft abgewiesen.

Der Beklagte wurde — wie dies aktenmäßig festgestellt ist — von dem Bezirksgericht zuchtpolizeilich, in Anwendung des Gesetzes vom 8. Mai 1838 über das Verbot von Lotterien und Glücksspielen, zu einer Geldbuße von Fr. 30 und zur Bezahlung sämmtlicher Kosten verfällt. Im vorliegenden Falle hat es sich nun zwar noch nicht darum gehandelt, ob die Klage als zuläßig zu betrachten sei, sondern bloß um

Beantwortung der Frage, ob der Beklagte verhalten werden könne, dem mit der Klage verurkundeten Begehren um Herausgabe des Verzeichnisses der Lotteriespieler und ihrer periodischen Einlagen nachzukommen. Allein auch diese Frage ist zu verneinen. Nach Beschaffenheit der Sache konnte die verlangte Urkunde nur zu dem Zwecke von dem Beklagten herausverlangt werden, um eine thatsächliche Behauptung der Klage zu beweisen. Der Kläger wollte auch, wie sich aus der Klage ergiebt, dadurch feststellen, daß er die Einlage bezahlt, demnach den Vertrag in dieser Lotteriesache erfüllt habe. Durch das erwähnte zuchtpolizeiliche Urtheil des Bezirksgerichtes ist nun aber dieser Vertrag als ein solcher erklärt worden, welcher nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 8. Mai 1838 dahinfällt, aus dem also nach Mitgabe von §. 9 dieses Gesetzes kein Anspruch abgeleitet werden kann. Ist nun dieses wohl außer Zweifel, so kann folgerecht auch der Beklagte nicht verhalten werden, Urkunden herauszugeben, die nach der vorliegenden Erklärung zum Beweis eines Anspruchs dienen sollen, den das Gesetz als unstatthaft erklärt.

Mit der Vorschrift des Lotteriegesetzes steht auch die Bestimmung von §. 626 des a. b. G. im Einklang, zufolge welchem durch Wetten und Spielen kein Klagrecht begründet wird. U. v. 22. April 1863.

237. Die Erstellung einer Kegelbahn verursachte einen Kostenaufwand von Fr. 109. 15. Als der Eigenthümer der Bahn von dem Erbauer derselben um Bezahlung dieser Summe angegangen wurde, versuchte der erstere das Forderungsbegehren mit dem Einwand zu entkräften: Auf fraglicher Kegelbahn habe ein Kegelschieben stattgefunden und der Kläger dem Beklagten, dem Eigenthümer der Bahn, die ihm von den Spielenden zu erlegenden Gebühren (je 50 Cts. per Rees) um die runde Summe von Fr. 300 abgekauft; die eingenommenen Gebühren betragen nun aber bloß Fr. 188, welche der Beklagte behalten und dem Kläger gut geschrieben habe. Der Kläger, der erwähntermaßen einen Kaufpreis von Fr. 300 versprochen habe, schulde ihm daher noch Fr. 112, die er nun kompensationsweise geltend mache.

Gegen das bezirksgerichtliche Erkenntniß, welches die Kompensationseinrede als begründet ansah, führte der Kläger (der Handwerker, der die Bahn erstellt) eine Nichtigkeitsbeschwerde, in der er geltend machte, daß das Rechtsgeschäft, aus welchem der Beklagte seine Gegenforderung herleite, das Wesen und die Bedeutung der Wette und des Spieles in sich trage, daß daher der vom Beklagten behauptete Vertrag unter die Vorschrift des §. 626 des a. b. G. falle, welche bestimmt, daß durch Wetten und Spiele kein Klagrecht erzeugt werde.

Ist nun das Bezirksgericht von der Anschauung ausgegangen, daß

die beklagterseits vorgeschützte Uebereinkunft weder als ein Spielvertrag noch als Wette zu betrachten sei, so läßt sich der Vorwurf nicht rechtfertigen, daß dadurch eine offenbare Gesetzesverletzung begangen worden. Nach der Wissenschaft besteht der Spielvertrag — der Begriff von Spiel und Wette ist in unserm Gesetz nicht angegeben — darin, daß man sich gegenseitig verspricht, im Falle ein ungewisser Thatumstand existiren oder nicht existiren sollte, etwas an den Mitspielenden verlieren zu wollen und die Wette erzeigt sich als derjenige Vertrag, wodurch jeder Theil etwas verwirken zu wollen verspricht, wenn seine Behauptung der Existenz oder Nichtexistenz eines Thatumstandes nicht zutrifft. Vergleicht man hiemit die vom Beklagten geltend gemachte Vereinbarung, so ergiebt es sich sofort, daß an derselben die soeben berührten Merkmale sich nicht vorfinden.

Aber auch die Betrachtung, daß man es im Falle mit einem förmlichen und rechtsgültigen Kaufsvertrage zu thun habe, schließt keinen offenbaren Verstoß gegen eine bestehende Gesetzesvorschrift in sich. Es ist keineswegs unstatthaft anzunehmen, daß diese Uebereinkunft jene Momente in sich enthalte, welche nach Mitgabe von §. 668 des a. b. G. den Begriff des Kaufes ausmachen.

Der Beschwerdeführer hält dafür, daß weil das Spiel selbst des gesetzlichen Schutzes entbehre, auch über die Erträgnisse des Spiels nicht gültig kontrahirt werden könne. Allein man giebt sich vergeblich Mühe, nach einem Grunde zu forschen, welcher dieser Ansicht des Klägers zur Stütze dienen könnte. Es ist wohl nicht einzusehen, warum z. B. ein Kaufvertrag über eine im Spiel gewonnene Uhr nicht zuläßig sein sollte.

U. v. 16. November 1870.

§§. 627—635.

238. Dem vom Käufer angebrachten Begehren um Erfüllung eines am 4. Februar 1861 abgeschlossenen Liegenschaftskaufes trat der Verkäufer mit dem Einwand entgegen, daß er die fragliche Liegenschaft später an einen Dritten veräußert und sie diesem letztern habe zufertigen lassen, daß damit für ihn die Unmöglichkeit entstanden sei, das Eigenthum an fraglicher Liegenschaft auf den Kläger zu übertragen und daher an die Stelle der wirklichen Vertragserfüllung Schadensersatz treten müsse, zu welchem er sich bereit erkläre.

Dieser Einwurf des Beklagten vermag aber das vertragsmäßig erworbene Recht des Klägers nicht zu schmälern, weil die nachträgliche unbefugte Handlungsweise des Beklagten die einmal festgestellte Vertragsgrundlage nicht mehr umstoßen konnte. Der Vertrag läßt dem Beklagten

nicht etwa die Wahl zwischen wirklicher Vertragserfüllung oder stellvertretendem Schadensersatz, sondern er auferlegt ihm ausschließlich die erstere. Die Folge hievon ist die, daß er auch zu dieser richterlich verhalten werden muß. Die Frage, ob der Beklagte sich in der Möglichkeit befinde, dem Vertrag in Wirklichkeit Genüge zu thun, kommt im vorliegenden Streit gar nicht in Betracht. Erst wenn es sich im Verlaufe weiterer Rechtsvorkehren erzeigen sollte, daß die an jenen Dritten erfolgte Zufertigung des Grundstücks nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, mag es an der Zeit sein, von Schadensersatz zu sprechen.

Auch im Gesetze findet der Beklagte für seine Bestreitung keinen Anhaltspunkt. Weder aus §. 627 des a. b. G. noch aus §. 447 der P.-O., auf welche Bestimmungen der Beklagte Bezug nimmt, läßt sich etwas herleiten, was dessen Ansicht zu unterstützen vermöchte. Was die erstgenannte Vorschrift anbetrifft, so war bei Eingehung des mit dem Kläger abgeschlossenen Kaufes allerdings eine mögliche Leistung Gegenstand des Vertrages; von einer erst später eingetretenen, vom verpflichteten Kontrahenten selbst herbeigezogenen Unmöglichkeit spricht aber das Gesetz begreiflicherweise nicht. Der §. 427 der P.-O. steht zu vorliegendem Falle in gar keiner Beziehung. U. v. 14. Dezember 1863

239. Jakob Gehrig von Ammerswil stellte die Behauptung auf, daß ihm Gemeindeamman Philipp Meier von Dintikon den von diesem pachtweise benutzten, der Wittwe Meier Bäckers von Dintikon eigenthümlich angehörenden Haldenacker um Fr. 857. 14 zu kaufen gegeben und setzte den Schluß ans Recht: Amman Philipp Meier sei zu verfällen, dem Kläger den fraglichen Acker zuzufertigen.

Der beklagte Meier wendete ein, er sei weder Eigenthümer des genannten Ackers, noch Vertreter der Wittwe Meier, die Klage verlange daher von ihm etwas Unmögliches und müsse dieselbe schon deßhalb abgewiesen werden; sodann entgegnete er, daß Wittwe Meier unter Vormundschaft stehe und er bei der Verabredung mit dem Kläger die Genehmigung des Gemeinderaths von Dintikon ausdrücklich vorbehalten habe.

In der Sache wurde vom Obergericht, welches hauptsächlich den Einwand des Beklagten, daß ihm die Leistung unmöglich, weil er nicht Eigenthümer des Haldenackers sei, einläßlich erörterte — befunden:

Stelle man sich die Frage, ob die unter den Parteien gepflogene Verhandlung wirklich ein gültiger und verbindlicher Kaufvertrag sei, so müsse dies bejaht werden. Nach §. 627 des a. b. G. könne nämlich jede mögliche und erlaubte Leistung, sowie jede dem Verkehr nicht entzogene Sache Gegenstand eines Vertrages sein. Nun seien Privatgrund-

stücke dem Verkehr weder entzogen, noch die Uebertragung des Eigenthums an solchen unerlaubt. Aber auch das weitere Requisit, das der §. 627 zur Gültigkeit eines Vertrages fordere, nämlich die Möglichkeit der Leistung, müsse im vorliegenden Falle als vorhanden angenommen werden. Wohl sei es juristisch unmöglich, daß Jemand Rechte übertrage, die er selbst nicht habe. Es müsse aber die Möglichkeit, daß der zur Uebertragung Verpflichtete diese Rechte erwerben und dann weiter überlassen oder aber Schadensersatz für die versprochene Leistung gewähren könne, angenommen werden.

§. 668 des a. b. G. besage: Der Vertrag, durch welchen jemand einem andern eine Sache um bestimmten Preis als Eigenthum überläßt, ist ein Kaufsvertrag. Dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung des Kaufsvertrages könne nun nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß durch den Vertrag selbst schon das Eigenthum an der verkauften Sache auf den Käufer übertragen werde, daß somit der Kauf ein ungültiger sei, wenn der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht wirklicher Eigenthümer der verkauften Sache gewesen. Eine solche Auffassung würde sowohl den allgemein anerkannten Grundsätzen über vertragsmäßige Erwerbung des Eigenthnms, als auch den positiven Vorschriften des aargauischen bürgerlichen Gesetzes über Eigenthumserwerbung an Grundstücken geradezu widerstritten. Nach §. 510 gebe der rechtliche Erwerbungsgrund, in unserm Falle der Kaufsvertrag, noch kein Eigenthumsrecht, sondern dieses letztere werde erst durch die Fertigung, durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme, erworben (§. 512) und nach der für Kaufverträge speziell aufgestellten Vorschrift des §. 675 beginne Nutzen und Schaden der verkauften Sache erst mit deren Uebergabe. Aus diesen Bestimmungen des Gesetzes erhelle, daß zum Wesen eines rechtsverbindlichen Kaufsvertrages nicht erforderlich sei, daß dem Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses schon das Eigenthum an der verkauften Sache zugestanden.

Sei aber ein solcher, von einem Nichteigenthümer abgeschlossener Kauf als ein vollgültiger Vertrag aufzufassen, so habe der Käufer auch das Recht, auf Erfüllung desselben, d. h. auf Uebergabe, resp. auf Fertigung zu klagen. Sei dann der Verkäufer nicht im Stande, das Versprochene zu leisten, d. h. die Kaufssache in gesetzlicher Weise zu übergeben, so erwachse dadurch seinem Mitkontrahenten, dem Käufer, das Recht, eine angemessene Entschädigung anzusprechen.

Dieser Betrachtung gemäß wurde dem Beklagten der Beweis der Behauptung, daß er beim Vertragsabschlusse die Genehmigung des Gemeinderathes vorbehalten, zuerkannt. U. v. 21. November 1856.

240. Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden; besondere Förmlichkeiten sind nur dann erforderlich, wenn sie das Gesetz verlangt oder wenn sie verabredet worden. §. 632 des a. b. G.

Ein Beispiel eines Vertrages, der in Schrift verfaßt werden muß, ist in Nr. 328 enthalten; hinsichtlich des §. 632 siehe auch Nr. 347.

241. An der Hand eines Schuldscheines für Fr. 4000 belangte dessen Inhaber den Aussteller um Bezahlung der fragl. Summe. Der Beklagte anerkannte die Aechtheit der auf der Schuldurkunde befindlichen Unterschrift, dagegen verneinte er, daß durch dieselbe eine Schuldverbindlichkeit für ihn begründet worden, indem er die Behauptung aufstellte: Der Kläger habe vor und nach Errichtung des Schuldscheines dem Beklagten versprochen, daß er den Akt nur wolle, um ihn den Seinen zeigen zu können; daß er den Akt nur für einstweilen verlange und ihn wieder zurückgebe und von demselben dem Beklagten gegenüber keinen Gebrauch machen werde.

Diese Behauptung muß nun ohne anders als eine erhebliche betrachtet werden, denn wenn sie bewiesen wird, so wird alsdann konstatirt, daß die Ausstellung der Schuldurkunde ein bloßes Scheingeschäft gewesen, aus welchem ein wirkliches Forderungsrecht für den Kläger nicht habe erwachsen können.

Das Bezirksgericht faßte diesen Beweis als einen verbotenen direkten Gegenbeweis auf, allein mit Unrecht. Wie erwähnt, bestritt der Beklagte nicht, daß er die Schuldurkunde ausgestellt, dagegen trat er derselben mit der Einrede der Simulation entgegen. Diese Einrede ist nun allerdings geeignet, das durch die Schuldurkunde begründete Forderungsrecht als ein unwirksames darzustellen und besteht daher kein Grund, den Beklagten vom Beweise derselben zu verschalten.

Auch die Vorschrift des §. 635 des a. b. G. steht dieser Einrede nicht entgegen; die Verabredung, daß die Urkunde nur zum Schein ausgestellt werden soll, ist keine den Vertrag bloß ergänzende oder modifizirende Nebenabrede, welche, wenn sie dem Vertragsabschluß vorausgegangen, in die Urkunde aufzunehmen ist; sie ist vielmehr eine Verabredung, wodurch die ganze Wirksamkeit des Forderungsrechtes aufgehoben wird und gehörte ihrer Natur und Bestimmung zufolge nicht in das Schuldinstrument, ansonst dasselbe denjenigen Zweck nicht hätte erfüllen können, den die Parteien nach Behauptung des Beklagten damit erreichen wollten. U. v. 6. Oktober 1868.

242. Am 11. November 1867 wurde folgender Akt ausgestellt: „Schuldschein. Verkauft J. B. dem J. N. eine Kuh für dreizehn

Napolion oder zweihundert und sechszig Franken, nebst ein baar Kinderschue solches zu bezahlen sammt Zins à 5 % in 2 halbjernige Therminen, so daß die ganze Summe in einem Jahr bezahlt werden muß."

(Stelle der Unterschrift des Käufers,
bez. Schuldners.)

Um Zahlung des im Akte angeführten Betreffnisses angehalten, hielt der Käufer dem Verkäufer resp. dem Kläger die Behauptung entgegen, es sei bei Eingehung des Vertrages vom Verkäufer die Zusicherung gegeben worden, daß er die fragliche Kuh um den versprochenen Kaufdreis wieder zurücknehme, wenn sie ihm, dem Käufer, nicht gefalle; er habe die Kuh im Sinne dieser Zusicherung zurückgegeben und sei deßhalb der klägerisch erhobene Anspruch nicht gerechtfertigt.

Ist nun, was nach Inhalt der Replik geboten erscheint, zu entscheiden, ob den Einwendungen des Beklagten die Vorschrift des §. 635 des a. b. G., nach welcher bei schriftlichen Verträgen Nebenberedungen, welche nicht in die schriftliche Urkunde aufgenommen worden, nicht berücksichtigt werden dürfen, entgegenstehe, d. h. ob diese Vorschrift den Beweis für die Schutzbehauptung des Beklagten ausschließe, so muß vor allem geprüft werden, ob der oben angeführten Urkunde die Bedeutung eines Schuldscheines oder aber diejenige eines schriftlichen Kaufsvertrages zukomme. Erwägt man in Folge dessen, daß die Urkunde sich als „Schuldschein" bezeichne, daß das Kaufsobjekt jeder nähern Bezeichnung ermangle, das Hauptgewicht dagegen auf den Kaufspreis und die Art und Weise der Erlegung desselben gelegt werde, endlich daß sie nur einfach ausgefertigt und nur vom Käufer, als dem Schuldner, unterzeichnet sei, so kann in der erwähnten Urkunde kaum etwas anderes erblickt werden als ein wirklicher Schuldschein, errichtet in der Absicht, damit dem Verkäufer als Gläubiger eine Forderungsurkunde — freilich mit Angabe des Forderungsgrundes — in die Hand gegeben werde. Ist aber die Urkunde nicht als ein schriftlicher Kaufsvertrag, sondern als ein bloßer Schuldschein aufzufassen, so erledigt sich die streitige Beweisfrage ohne Schwierigkeit, denn dann findet §. 635 des a. b. G. keine Anwendung, weil kein schriftlicher Vertrag, auf welchen diese Gesetzesbestimmung Bezug hat, sondern bloß eine einseitige schriftliche Schuldanerkennung vorliegt. Als solche begründet sie allerdings für den Kläger, da die Unterschrift nicht bestritten ist, die Rechtsvermuthung der Aechtheit des Inhalts und enthebt ihn deßhalb der Beweislast, allein gemäß §§. 163 und 164 der P. O. steht dem Beklagten immerhin die Berechtigung zu, auf dem Wege des Einredebeweises jene Rechtsvermuthung zu beseitigen, d. h. darzuthun, daß der Inhalt der Urkunde ein un=

richtiger sei, indem seine Schuldpflicht von gewissen in die Urkunde nicht aufgenommenen Bedingungen abhängig gemacht werde.

U. v. 28. Dezember 1868.

§§. 636—646.

243. Die Ehefrau eines vergeldstagten Mannes führte eine Handlung. Der letztere war ihr dabei behilflich oder leitete vielmehr dieselbe und besorgte namentlich auch den Einkauf von Waaren. Als beide, Ehemann und Ehefrau, eingeklagt wurden, unter solidarischer Haftbarkeit den Preis dieser Waaren zu bezahlen, anerkannte der vergeldstagte Ehemann deren Empfang, die Ehefrau dagegen bestritt die Schuldpflicht mit dem Anbringen, daß sie die Waaren nicht erhalten und daß im Hauptbuche des Klagetheils der Ehemann als Empfänger eingetragen sei.

Die Ehefrau widersetzte sich aber umsonst dem gestellten Klagbegehren; betrieb sie das Geschäft — wie dies als nachgewiesen angenommen wurde — unter der Leitung des Mannes, so wurde sie durch die Handlungen desselben auch nothwendig verpflichtet und waren beide solidarisch haftbar, wenn gleich die Haftbarkeit des falliten Ehemannes keinen reellen Werth hatte; gerade deßhalb aber mußte die Ehefrau um so mehr als verantwortlich betrachtet werden, wenn man nicht deren Bestreben, das Vertrauen und den guten Glauben Dritter zu mißbrauchen, in Schutz nehmen wollte. U. v. 3. April 1867. *

* Bezüglich der Solidarverbindlichkeit siehe auch Nr. 88, ferner Nr. 332.

244. Die Klage, wodurch auf Bezahlung von Fr. 850 gedrungen wurde, bestritt der Beklagte als eine voreilige, indem er entgegnete: Die Parteien haben sich dahin geeinigt, daß die Frau des Beklagten für die klägerische Forderung Bürgschaft leiste, wogegen ihm, dem Beklagten, ausdrücklich gestattet werde, die fragliche Schuld binnen 4 Jahren in beliebigen Abschlagszahlungen zu entrichten; die Frau des Beklagten habe sich unterschriftlich als Bürge verpflichtet, weßhalb der Kläger auch die gestattete Zahlungsfrist innehalten müsse.

Es ist also eine Bedingung in Frage, von welcher die vom Beklagten behauptete Vergünstigung abhängig gemacht sein solle. Anlangend nun die rechtliche Natur dieser Bedingung, so spricht sich §. 406 des a. b. G. dahin aus, daß allen Weibspersonen untersagt sei, Bürgschaften einzugehen und daß weder die Vormundschaftsbehörde, noch der Beistand, noch die Verwandten die Befugniß haben, sie dafür zu ermächtigen.

Das Gesetz verbietet also den Weibspersonen ausdrücklich die Uebernahme irgendwelcher Bürgschafts-Verpflichtung. Wenn eine Weibsperson eine Bürgschaft eingegangen, so kann nach dem Sinne dieser Gesetzesstelle daraus keine Verbindlichkeit erwachsen. Eine solche Bürgschaftsverpflichtung ist ipso jure unwirksam und gestaltet sich somit die Bedingung, an welche der Beklagte die erwähnte Zahlungsbegünstigung knüpft, als eine solche, daß etwas, was von Anfang an ungültig ist, somit etwas rechtlich unerlaubtes und unmögliches erfolgen solle.

In dieser Beziehung bestimmt aber §. 643 des a. b. G.: Wird die Erwerbung eines Rechts von einer unerlaubten Bedingung oder von der Bedingung abhängig gemacht, daß etwas unmögliches geschehe, so ist das Geschäft nichtig. Wird nun auch vorausgesetzt, daß der Kläger dem Beklagten günstigere Zahlungsbedingungen für den Fall zugesichert, daß des letztern Ehefrau für die Schuld Bürgschaft leiste, so ist zufolge der soeben zitirten Gesetzesvorschrift diese Zusicherung nichtig und ohne alle rechtliche Wirkung, weil die Bedingung an die sie geknüpft worden, nämlich die Uebernahme der Bürgschaftsverpflichtung von Seite der Ehefrau des Beklagten als eine rechtliche Unmöglichkeit sich darstellt. Der fraglichen Einwendung des Beklagten kann daher kein rechtliches Gewicht beigemessen werden. U. v. 15. Mai 1861.

245. Eine Forderungsklage wollte an der Hand nachgenannter Verpflichtung begründet werden. „Endesunterzeichneter verpflichtet sich „und bescheint mit diesem Akte, auf den Fall hin, wenn ich mit der „ehrenden N. N. oder E. S. die eheliche Verbindung antreten kann, „an J. T. für Einleitung und Mühewalt die Summe von Fr. Elfhundert „zu bezahlen, welche Summe nach erfolgter Koppulation und Einsegnung „fällig und bezahlt werden soll. Kann die Verehelichung mit obiger „Person nicht erfolgen, so ist dieser Schein kraftlos." Mit Bezugnahme auf diese Verpflichtung und die Thatsache, daß der Unterzeichner des Aktes sich mit der E. S. verehelichet habe, wurde derselbe um Bezahlung der versprochenen Fr. 1100 angehalten.

Ueber dieses Klagbegehren wurde befunden:

Der Beklagte stelle die Ansicht auf, daß das von ihm ausgestellte Zahlungsversprechen ein rechtlich nicht einklagbares sei, weil dasselbe auf einer unsittlichen und unerlaubten Bedingung beruhe, der Bedingung nämlich, daß J. T. für ihn das moralisch verwerfliche und unerlaubte Geschäft der Kuppelei besorge (§. 643 des a. b. G.).

Mit Bezug auf diese Ansicht komme folgendes in Betracht: An und für sich liege in der Vermittlung einer Ehe nichts geradezu Verwerfliches oder Unsittliches, sofern keine unerlaubten Mittel angewendet werden;

denn die Beförderung eines erlaubten Zweckes müsse grundsätzlich erlaubt sein. Dagegen könne das an und für sich nicht verwerfliche Geschäft des Zustandebringens von Ehen dadurch ein unsittliches werden, daß die bezügliche Hülfeleistung von Bezahlung einer Geldsumme abhängig gemacht werde. Die Ehe sei ein vorzugsweise ethisches Verhältniß; es widerspreche daher ihrem Wesen und Begriff, daß sie (gleichsam als Handelswaare, res in commercio) zum Gegenstand eines vermögensrechtlichen Erwerbes gemacht werde. Das Verwerfliche des Geschäftes liege wesentlich darin, daß der eine Kontrahent durch die Stiftung der Ehe einen Gelderwerb zu machen beabsichtige und also den Abschluß der Ehe aus einem Grund zu befördern suche, welcher den Zwecken der Ehe völlig fremd sei. Die Eheschließung setze ihrer Natur zufolge die möglichst freie und selbsteigene Willensbestimmung der beiden Ehegatten voraus und dulde daher an und für sich schon eine egoistische, nur durch Gelderwerb motivirte Mitwirkung Dritter nicht. Die freie Willensbestimmung werde aber, wenn nicht ausgeschlossen, so doch gefährdet, wenn in Aussicht auf vermögensrechtlichen Gewinn von einem Dritten auf den einen oder andern Ehegatten influenzirt werde. Ohnehin sei die Mühewalt, die dieser Dritte über sich nehme, um zum Ziel zu gelangen, eine wenig ehrenhafte und werde vorzugsweise in täuschenden Vorspielungen und Versprechungen zu suchen sein.

Wenn der Richter berufen werde, zu entscheiden, ob eine Bedingung im Sinne des §. 643 oder eine Leistung im Sinne des §. 627 des a. b. G. unsittlich und unerlaubt sei, so werde er sich auch danach erkundigen, ob sie vor einer geläuterten Volksmoral Stand halte oder nicht. Nun habe sich Land auf und Land ab eine aufgeklärte öffentliche Meinung schon lang und energisch dahin ausgesprochen, daß die Vermittlung, namentlich die gewerbsmäßige Vermittlung von Ehen um Mäklerlohn (courtage) ein verwerfliches und unsittliches, das Institut der Ehe zur Handelswaare herabwürdigendes Geschäft sei. Dieser Stimme könne auch der Richter sein Ohr nicht verschließen. Wenn daher das bezügliche Geschäft von der geläuterten Volksmoral gebrandmarkt werde, so könne ihr der Richter seinen Schutz nicht zugestehen und es sei somit die gegenwärtige Klage aus dem Grund von vornherein abzuweisen, weil sie auf einen Verpflichtungsgrund abstelle, der im Sinne der angerufenen §§. 643 und 627 auf einer unerlaubten Bedingung beruhe.

U. v. 29. März 1871.

246. J. M. hatte, wie er behauptete, dem R. V. ein Grundstück um die Summe von Fr. 1000 zu kaufen gegeben. Als der Verkäufer auf Haltung des Vertrages Klage führte, setzte der Käufer ihr unter

anderm eine Einrede folgenden Inhalts entgegen: Er, der Beklagte, habe dem Kläger für die fragliche Realität Fr. 1000 zu bezahlen anerboten, wenn er ihm dazu noch seine Tochter zur Ehe gebe; der Kläger habe hierauf erwidert, das sei ihm gleich, falls seine Tochter ihn, den Beklagten, heirathen wolle, worauf dieser entgegnet: „nu, wenn mi di Tochter will, so isch verkauft.“ Der Beklagte fügte hinzu, daß die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen, der Vertrag sonach nicht zum vollgültigen Abschluß gelangt sei.

Das Bezirksgericht hatte diese Einrede des Käufers als unerheblich angesehen und sie mit folgender Betrachtung beseitigt: „Was die Ein„wendung betreffe, welche der Beklagte mit der Schutzbehauptung erhebe, „daß der Kaufsvertrag, falls ein solcher als abgeschlossen angenommen „würde, von der Bedingung abhängig gemacht worden, daß der Kläger „ihm seine Tochter zur Ehe gebe, so könne darauf kein Gewicht gelegt „werden, denn diese Bedingung stelle sich als eine moralisch unmögliche „dar, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als nicht beigefügt zu „betrachten sei.“

Diese Abfertigung beruht aber auf rechtlichen und faktischen Irrthümern. Vorausgesetzt nämlich, die vom Beklagten geltend gemachte Bedingung laute, wie sie das bezirksgerichtliche Urtheil aufführt, so könnte sie dann keineswegs als bedeutungslos erklärt werden. Zwar erscheint sie allerdings als eine juristisch und moralisch unmögliche, weil es dem Recht und der Sitte zuwiderläuft, daß der Vater seine Tochter „mit in den Kauf gebe“, mit andern Worten über dieselbe wie über einen willenslosen Verkehrsartikel (res in commercio) verfüge. Allein eine solche Bedingung könnte dann nicht einfach ignorirt werden, wie es von Seite des Bezirksgerichts geschehen; weder das gemeine Recht, noch unser positives Gesetz sprechen einen solchen Grundsatz aus. Der §. 643 des a. b. G. besagt Folgendes: „Wird die Erwerbung eines Rechts von „einer unerlaubten Bedingung, oder von der Bedingung abhängig gemacht, „daß etwas Unmögliches geschehe, so ist das Geschäft nichtig“ und der Nachsatz will nur die Bedingung, daß etwas Unmögliches nicht geschehe, als nicht beigefügt angesehen wissen. Hieraus erhellt, daß die fragliche Bedingung, falls sie wirklich so geltend gemacht worden, wie das Bezirksgericht annimmt, bezüglich der Frage der Wirksamkeit des eingeklagten Rechtsgeschäftes nicht irrelevant wäre, vielmehr sie die Nichtigkeit desselben zur Folge hätte und deßwegen dem Beweise unterstellt werden müßte.

Allein die Frage, welcher Grundsatz über eine moralisch unmögliche Bedingung gelte, bedarf im Falle gar keiner Erörterung, weil der Beklagte eine solche gar nicht zum Gegenstande einer Einrede gemacht und

hierin liegt der faktische Irrthum des untergerichtlichen Urtheils. Wird der Inhalt der Schutzbehauptung des Beklagten ins Auge gefaßt, so erzeigt es sich, daß die Perfektion des Vertrages nicht an die bloße Voraussetzung geknüpft worden, daß der Kläger seine Tochter dem Beklagten zur Frau gebe, sondern daß die Bedingung darin bestanden, daß die Tochter des Klägers mit dessen Einwilligung den Beklagten heirathe. Eine solche Bedingung enthält nun aber weder etwas Unerlaubtes noch etwas Unmögliches; denn einerseits war die freie Entschließung der Tochter vorbehalten, anderseits ist weder behauptet, noch zu vermuthen, daß der fraglichen ehelichen Verbindung ein physisches oder rechtliches Hinderniß entgegenstehe.

Muß also die Thatsache, an deren Eintritt nach der beklagtischen Darstellung die Wirksamkeit des Vertrages gebunden worden, als eine erlaubte und mögliche bezeichnet werden, so ist nothwendig auf den Beweis des Hinzufügens dieser Bedingung zu erkennen.

U. v. 25. Oktober 1866.

§§. 647—661.

247. Durch einen Kaufsvertrag, den J. V. mit seinem Sohne abgeschlossen, verpflichtete sich der erstere, dem letztern sein Heimwesen um Fr. 12,000 unter gewissen Bedingungen zu überlassen. Der Ehemann der Tochter des Verkäufers griff den Vertrag an, indem er nachzuweisen suchte, es sei derselbe kein wirklicher Kaufsvertrag, sondern ein die Erbrechte der Tochter verletzendes Scheingeschäft.

Wirklich stellte sich der Vertrag als ein solches heraus. Der Verkäufer hatte nämlich beabsichtigt, sein Heimwesen, Gebäulichkeiten und Liegenschaften, um Fr. 12,000 seinem Sohne zu überlassen; in Art. 2 behielt er sich aber ausdrücklich bis zu seinem Tode die oberste Leitung und Obsorge über das Heimwesen, sowie die Führung sämmtlicher Hausangelegenheiten vor und verordnete zugleich, daß der Zinsanfang von der gesammten Kaufssumme, sowie der Anfang des Nutzens und Schadens erst mit dem Tage seines Absterbens beginnen solle. In Art. 3 wurde verfügt, daß das Frauengut des Verkäufers gehörig überbunden und das, was seiner Tochter einst als Erbe zukommen werde, nach des Vaters Tode ihr in vierjährigen Terminen ausbezahlt werden solle. Art. 4 nnd 5 enthalten endlich verschiedene Anordnungen in Bezug auf die Lebens- und Vermögensverhältnisse seiner Ehefrau nach seinem Tode und die Beerdigungskosten.

Beim Abschlusse dieses Geschäftes handelte der Vater offenbar im Hinblick auf seinen Hinscheid, die Wirksamkeit der wesentlichsten Ver-

tragsbestimmungen sollte erst mit dem Augenblick des Todes des Vaters eintreten. Eben deßhalb erzeigt sich der Vertrag seinem wahren Zwecke und Wesen nach als eine letztwillige Verordnung. Nun enthält §. 647 des a. b. G. die Vorschrift, daß ein rechtliches Geschäft nach seiner wirklichen Beschaffenheit und nicht nach der Form oder dem Namen zu beurtheilen sei, deren sich die Vertragsschließenden aus Irrthum oder deßwegen bedienen, um das Wesen des Geschäftes zu verbergen.

Muß aber das Rechtsgeschäft in Wirklichkeit als letzte Willensverordnung aufgefaßt werden, so kann es keinen Anspruch auf Gültigkeit machen, weil es nicht unter Befolgung derjenigen Vorschriften zu Stande gekommen, welche für die Errichtung einer letztwilligen Verordnung vorgeschrieben sind. U. v. 30. Jenner 1857. *

* In Betreff des §. 647 des. a. b. G. ist auch auf Nr. 142 hinzuweisen.

248. Der Empfänger von Tabak und Cigarren, welche in bestimmten Quantitäten monatlich zu liefern waren, um Bezahlung der diesfälligen Restschuld von Fr. 5932. 72 angegangen, vertheidigte sich mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages, indem er behauptete, daß der Kläger mit der Lieferung der Cigarren um 272,404 Stück sich noch im Rückstand befinde, der Gewinn für ihn — den Beklagten — wenigstens Fr. 3 per 1000 Stück, somit im Ganzen Fr. 817. 21 ausmache, welcher Betrag von dem klägerisch geforderten Betreffniß abgerechnet werden müsse.

Allerdings standen die monatlichen Lieferungen unter dem von den Parteien vertraglich festgesetzten Quantum; allein der Beklagte hatte diese Lieferungen so, wie sie erfolgten, ohne Widerspruch angenommen und liegt in dieser Annahme der Beweis, daß er nicht streng an dem bedungenen Lieferungsquantum festgehalten und steht deßhalb dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mehr zu. Diese Einrede ist aber auch noch aus einem andern Grunde unhaltbar. Der Beklagte hatte vertragsweise die Verpflichtung übernommen, die jeweiligen monatlichen Lieferungen von Cigarren sofort baar zu bezahlen. Dieser Verpflichtung ist nun aber der Beklagte nicht nachgekommen, da er den Kläger mit Zahlungsversprechen hingehalten, Wechsel ausgestellt, die nicht angenommen worden und mit Protest zurückgekommen sind, überhaupt an die aufgelaufene Schuldsumme kaum mehr als die Hälfte bezahlt hat.

Da das Versprechen der Baarzahlung als Vertragsbestimmung angesehen werden muß, so wäre der Kläger nach §. 650 des a. b. G. berechtigt gewesen, vom Vertrage zurückzutreten und kann es daher dem

Beklagten wohl nicht zukommen, sich über Nichterfüllung des Vertrages zu beschweren. U. v. 15. Februar 1865.

249. Der Klage auf Bezahlung einer in Folge einer Bauholzlieferung entstandenen Forderung begegnete der Beklagte mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, indem er anbrachte, daß der Kläger noch nicht das ganze Quantum des ihm abgekauften Bauholzes, nämlich bloß 8000 Fuß geliefert habe, während er 10,000 Fuß hätte liefern sollen.

Dieser Einrede konnte aber kein den Klaggrund zerstörendes Gewicht beigemessen werden. So weit nämlich das Holz geliefert und von dem Beklagten angenommen worden, kann dieser nicht mehr von Nichterfüllung des Vertrages im Sinne des §. 650 des a. b. G. und einer daraus fließenden Berechtigung sprechen, seinerseits vom Vertrage zurückzutreten resp. jeder Zahlungspflicht sich zu entziehen. Bezüglich desjenigen Holzquantums, das der Beklagte erhalten und angenommen, ist der Vertrag, der eine successive Lieferung und die jeweilige Bezahlung des gelieferten Holzes stipulirt, als erfüllt anzusehen. Die rechtliche Wirkung der Einrede erstreckt sich also nur auf dasjenige Quantum Holz, das der Kläger weiter hätte liefern sollen, aber nicht geliefert hat, demnach auf die unvollständige Vertragserfüllung und die daraus entstehende Haftungspflicht des säumigen Theils für den Schaden, der dadurch dem Beklagten verursacht worden sein mag. U. v. 30. Sept. 1862.

250. Der Verkäufer einer Liegenschaft — eines Hauses mit Baumgarten — verlangte vom Käufer die Mitwirkung bei der Fertigung des Vertrages mit dem Anbringen: der Kaufsabschluß habe am 23. Juli 1868 stattgefunden und der Käufer die Vertragsobjekte angetreten. Als am 13. August 1868 die Fertigung hätte vorgenommen werden sollen, habe diese unterbleiben müssen, weil eine Protestation eingereicht worden, die nicht sogleich habe beseitigt werden können. Am 10. Dezember 1868 habe der Käufer dem Verkäufer eine rechtliche Aufforderung zur Vornahme der Fertigung zugehen lassen und am 3. März 1869 sei dem letztern vom Käufer die Anzeige übermacht worden, daß er den Kauf nicht mehr halte und das Haus bereits verlassen hätte. Der Käufer sei aber nicht befugt, einseitig vom Vertrage zurückzutreten, um so weniger, als er — Verkäufer — bereit sei, durch Fertigung die Eigenthumsübertragung der Immobilien zu bewerkstelligen.

Der Beklagte gab zu, daß der Vertragsabschluß am 23. Juli 1868 stattgefunden, entgegnete aber, daß die Fertigung am 13. August 1868 deßhalb nicht habe vollzogen werden können, weil es nicht möglich ge-

wesen, die angemeldeten Schulden aus dem Kaufpreise zu decken; daß er lange genug zugewartet, das Haus ohne Vornahme von Reparaturen nicht mehr bewohnbar und ihm nicht zuzumuthen sei, die Verbesserungen ins Werk zu setzen, bevor ihm das Eigenthum am Hause übertragen worden.

Es ergab sich nun als aktenmäßig konstatirte Thatsache, daß die Vornahme der Fertigung am 13. August 1868 deßwegen nicht stattgefunden, weil beträchtlich mehr Schulden angemeldet wurden, als dem Käufer hätten überbunden werden können. Dieser Thatsache gegenüber wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, nicht nur sich bereit zu erklären, bei einer neuen Fertigung mitzuwirken, sondern auch den materiellen Nachweis zu leisten, daß er gegenwärtig im Stande sei, die Fertigung vor sich gehen zu lassen. Einen solchen Nachweis übernahm aber der Kläger nicht und es konnte daher dem Beklagten nicht zugemuthet werden, nochmals einen erfolglosen Fertigungsversuch zu machen. Die Klage ist daher in Gemäßheit des §. 649 des a. b. G. eine ungerechtfertigte, weil der Kläger sich nicht ausgewiesen, daß er den Vertrag zu erfüllen bereit sei, resp. ihn zu erfüllen in der Lage sich befinde.

Sodann darf nicht außer Acht bleiben, daß es in der Natur eines Liegenschaftskaufes liege, daß der Käufer vom Vertrage zurücktreten kann, wenn der Verkäufer so lange wie im gegenwärtigen Falle die Vertragserfüllung hinausgeschoben und zwar um so mehr, wenn die Kaufsobjekte bedeutender Reparaturen bedürfen. Offenbar kann der Käufer zu den letztern nicht verhalten werden, ehe er sicher ist, daß er das Eigenthum am Vertragsgegenstande erlange. Sein Zurücktreten vom Vertrage ist daher auch nach §. 650 des a. b. G. als begründet zu erklären. U. v. 18. Jenner 1870. *

* Ein anderes Mal wollte der Rücktritt vom Kaufvertrage über Liegenschaften vom Käufer folgendermaßen gerechtfertigt werden: In dem Kaufvertrage sei für die Uebergabe der Vertragsobjekte kein Termin bestimmt worden; der Käufer habe daher die Vertragserfüllung sogleich verlangen können (§. 645 des a. b. G.) und habe sie auch verlangt; der Verkäufer habe aber den Vertrag nicht erfüllt und diese Säumniß begründe nach §. 650 die Befugniß zum Rücktritt von demselben.

Aus dem Umstande, daß der Vertrag nicht in Erfüllung geht, folgt nun aber nicht, daß der Käufer ohne anders von demselben zurücktreten könne, sondern giebt §. 645 dem Käufer das Recht, den Vertrag sofort rechtlich geltend zu machen und wird dadurch nicht ausgesprochen, daß wenn die Leistung nicht unverzüglich erfolgt, es dann in der Willkür des einen oder andern Kontrahenten gelegen sei, sich seiner Verpflichtung sogleich zu entschlagen und das Rechtsgeschäft wieder rückgängig zu machen.

U. v. 12. Februar 1868.

251. Von einer eingeklagten Pachtzinsforderung, die als begründet erfunden wird, ist von der Zustellung der Klage an der Zins zu entrichten. Neben §. 660 des a. b. G., demzufolge von Geld- und Lehenzinsen kein Zins gefordert werden darf, besteht eben auch die Vorschrift der P.-O. in Kraft, durch welche eine zahlungsfällige, an und für sich nicht zu verzinsende Anforderung von der Zustellung der Klage an als zinstragend erklärt wird.

Beide gesetzliche Bestimmungen sind ganz wohl in Einklang zu bringen. Während im Allgemeinen nach unserm Gesetz, wie auch nach gemeinem Recht Zins vom Zins nicht verlangt werden darf, wird dagegen jede Forderung, sonach auch eine solche, die nach Vertrag oder Gesetz keinen Zins abwerfen würde, von der Einklagung an zu einer zinstragenden, weil nach der wohlbegründeten Vorschrift der P.-O. ein höherer Grad des widerrechtlichen Verzugs eintritt und das Gesetz in Bezug auf die Folgen dieses Verzugs keinen Unterschied zuläßt, ob die Forderung eine Zinsforderung oder aber anderer Natur sei.

U. v. 17. Februar 1865.

§§. 662—664.

252. Eine Gemeinde bestand in einem Geldstage ein Haus; in dem daherigen Gantkaufe fand sich die Bestimmung, daß dasselbe um Fr. 750 assekurirt sei. Später wurde das erwähnte Haus von der Gemeinde wieder veräußert; auch der Veräußerungsvertrag enthielt die Anführung, daß das Haus um Fr. 750 brandversichert sei und wurde mit der gleichen Bestimmung dann auch dem Käufer zugefertiget.

Bald nach der Fertigung wurde das Gebäude ein Raub der Flammen und als es sich um Ausrichtung des Entschädigungsbetrages gehandelt, stellte es sich heraus, daß dasselbe nur um Fr. 150 brandversichert gewesen, welcher Betrag dem Käufer von der Brandassekuranz-Kasse auch ausbezahlt worden; es erzeigte sich nämlich, daß, nachdem die Gemeinde das Haus im Geldstage unter dem Schatzungswerthe erstanden, eine Herabsetzung der Versicherungssumme bis auf den genannten Betrag stattgefunden.

Der fragliche Käufer erhob nun eine Klage, welche dahin ging: Die Gemeinde habe dem verkauften Gebäude ausdrücklich die Eigenschaft beigelegt, daß es um Fr. 750 gegen Brandschaden versichert sei; da ein endgeldliches Geschäft, ein Kauf, in Frage liege, so sei die Gemeinde nach §. 662 des a. b. G. zur Währschaft verpflichtet und diese Pflicht bestehe nach §. 664 darin, daß ihm, dem Käufer, der erwachsene Schaden, hier Fr. 600 betragend, ersetzt werde.

Die Frage, ob hier eine Währschaftspflicht der Gemeinde im Sinne der klägerischen Behauptung vorhanden sei oder nicht, wurde in folgender

Weise entschieden: Es müsse untersucht werden, ob die im Kaufsvertrage und bei der Fertigung desselben angegebene Versicherung des verkauften Hauses zu Fr. 750 als eine solche Eigenschaft anzusehen sei, welche die Leistung der Währschaft, d. h. die Ersatzpflicht des Schadens von Fr. 600 begründe.

Die Bezeichnung der Assekuranzsumme in einem Kaufsvertrage über ein Gebäude sei nun vor Allem keine Eigenschaft, welche „bei Sachen dieser Art stillschweigend vorausgesetzt" werden dürfte, denn der wahre Werth eines Hauses sei nicht durch die Brandschatzung bedingt; somit falle der erste Satz der Ziffer 2 des §. 662 außer weitern Betracht und es handle sich nur darum, ob die zweite alternative Bedingung hier zutreffe. Hiebei theile sich die Untersuchung wieder in zwei Punkte; es sei nämlich zu erörtern, ob die Angabe der Versicherung überhaupt nur eine „Eigenschaft" des verkauften Hauses bilde, und sodann, ob dem letztern diese Eigenschaft von dem Käufer ausdrücklich beigelegt worden sei.

In Beziehung auf den ersten Punkt sei nun in Erwägung zu ziehen, daß der Assekuranzwerth eines Gebäudes im eigentlichen Sinne des Wortes nicht als eine Eigenschaft desselben bezeichnet werden könne. Der Begriff dieses Wortes setze nämlich voraus, daß dem Gegenstand, um welchen es sich handle, etwas innewohne, das entweder in seiner physischen Substanz oder im Complexe seiner Berechtigung überhaupt enthalten sei. Ein solches sei aber die Angabe der Assekuranzsumme nicht; die Bestimmung desselben hänge nicht von der Willkür des Eigenthümers ab, sondern vom Gesetze und den daherigen Vorschriften, und stehe dieselbe auch mit dem eigentlichen Kaufswerthe nicht in einem absolut maßgebenden Verhältnisse; sie bezeichne vielmehr ein wandelbares Rechtsverhältniß zu einem Dritten, der Assekuranzgesellschaft, auf welches der Verkäufer keinen entscheidenden Einfluß ausübe. Daraus ergebe sich, daß, wenn der Verkäufer auch die Versicherungssumme beim Kaufe angebe, es nicht in seiner Absicht liegen könne, dem Käufer dafür Währschaft zu leisten, zumal nach speziellen Vorschriften des Assekuranzgesetzes die Größe der Versicherung einem Wechsel unterworfen sei, der, wie im vorliegenden Falle, durch den herabgesunkenen Preis im Geldstage von der Anordnung polizeilicher Vorschriften ausgehe.

Aber auch abgesehen hievon sei es schwer, mit Grund zu behaupten, daß der Verkäufer im vorliegenden Falle die angebliche Eigenschaft der Versicherung um Fr. 750 dem fraglichen Hause **ausdrücklich** beigelegt habe. In dem Kaufsaufsatze sei das „Verkaufte" folgendermaßen bezeichnet: „Das der Verkäuferin aus dem Geldstage eigenthümlich zugefallene Heimwesen, bestehend in einem Wohnhaus und mehreren Grundstücken, wie

es in dem daherigen Erwerbsakt beschrieben ist." Die Verkäuferin beziehe sich also hier einfach auf ihren Erwerbsakt sesbst, und zwar nur zum Behufe der **Beschreibung** des Kaufsgegenstandes, nicht aber um dem letztern ein für allemal eine Eigenschaft beizulegen, für die sie für immer währschaftspflichtig bleibe, während in Wirklichkeit die Assekuranzsumme jeden Augenblick ohne, ja gegen ihren Willen herabgesetzt werden könnte. Infolge dieses Kaufsauffatzes enthalte dann die Kaufskopie die namentliche Aufzeichnung der Versicherungssumme von Fr. 750; allein auch dies sei wiederum nicht als **ausdrückliche Beilegung** einer Eigenschaft anzusehen, sondern erstelle sich als bloßes Referens des im ersten Auffatze angeführten Relatum der Beschreibung.

Bestehe nun aber keine positive Vorschrift, daß der Verkäufer dem Käufer für die Versicherung eines Gebäudes in der Brandassekuranzanstalt Gewähr leisten müsse, so könne eine solche Pflicht auch nicht aus dem bloßen Umstande gefolgert werden, daß im Kaufsvertrage der Versicherungssumme Erwähnung gethan werde, und zwar an einem Orte, wo die Form des Vertrages allgemein es mit sich bringe, den Kaufsgegenstand, unter Angabe der Lage und Grenzen, auch mit der Kataster-Nummer und der Brandversicherung näher zu bezeichnen und zu beschreiben.

Es wurde daher die Frage, ob im Falle eine Währschaftspflicht der beklagten Gemeinde vorhanden sei, im verneinenden Sinne beantwortet und die Klage als unbegründet verworfen.

U. v. 6. September 1861.

253. Der Einforderung des Kaufspreises für eine Dresch- und Trottmaschine wurde die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages entgegengehalten; es wurde nämlich eingewendet, daß die Maschine ganz unbrauchbar, ein verpfuschtes Machwerk sei und ihren Zweck in keiner Weise erfülle und dafür Beweis durch Sachverständige beantragt. Von Seite des Klägers wurde die Erheblichkeit des Beweises der Einrede-fundamente bestritten und zwar mit der Entgegnung, daß der Vertrag die Garantie des Verkäufers nur auf zwei speziell hervorgehobene Punkte beschränke und daher die gesetzlichen Grundsätze über Währschaftspflicht im Falle nicht zur Anwendung kommen.

Der in Schrift verfaßte Kaufsvertrag spricht sich, nachdem er das Kaufsobjekt, den Kaufspreis und die Zahlungsbedingungen angegeben, wörtlich folgendermaßen aus: „Noch ist bedungen, daß der Verkäufer „die große, zum Theil hölzerne Scheibe zurücknimmt und der Käufer „läßt eine gußeiserne machen und der Verkäufer zahlt oder läßt sich ab-„rechnen, was diese Scheibe nach dem Gewicht aus der Gießerei kostet; „weitere diesfällige Kosten hat der Käufer zu übernehmen. Für diese

„Maschinen leistet der Verkäufer bis nächste Lichtmeß in dem Sinne „Garantie, daß wenn bei gehörigem Gebrauche etwas bricht, er es „unentgeldlich wieder macht." Wenn nun aus dieser Vertragsbestimmung gefolgert werden will, es sei durch dieselbe die gesetzliche Währschaftspflicht des Verkäufers auf die speziell genannten Punkte beschränkt und in allen andern Beziehungen aufgehoben, so ist diese Folgerung eine unrichtige. Bei der Lösung vorwürfiger Streitfrage ist §. 662 des a. b. G. in's Auge zu fassen. Daselbst ist der Umfang der Gewährleistung resp. ihre rechtliche Bedeutung auseinandergesetzt. Will ein Vertragschließender diese für alle Verträge subsidär geltenden Währschaftsverpflichtungen sich nicht gefallen lassen, so muß dies im Vertrage mit ausdrücklichen Worten gesagt sein. Wird im Vertrage nicht erwähnt, daß der Uebergeber sich der ihm von gesetzeswegen obliegenden Währschaftspflicht entschlage, so ist er zu derjenigen Währschaftsleistung verbunden, welche ihm die fragl. Gesetzesbestimmung auferlegt.

Der Umstand, daß im vorliegenden Falle vom Uebergeber versprochen worden: a) statt der hölzernen Scheibe in der Maschine eine eiserne auf eigene Kosten machen zu lassen und b) wenn bis Lichtmeß etwas in der Maschine brechen sollte, es unentgeldlich wieder zu repariren, — enthält nicht nur keine Aufhebung der Währschaftsverbindlichkeit dafür, daß die Maschine überhaupt brauchbar sei, sondern sie begreift im Gegentheil noch eine zusätzliche Vermehrung derjenigen Währschaftspflichten in sich, für welche der Verkäufer der Maschine von gesetzeswegen einzustehen hat. Denn wenn jene beiden Verpflichtungen bezüglich der hölzernen Scheibe und der Reparatur der Maschine nicht ausdrücklich versprochen gewesen wären, so hätte sich diese Art von Garantie allerdings nicht schon von gesetzeswegen verstanden und es war also nothwendig, die diesfällige Währschaftspflicht ausdrücklich zu stipuliren.

Die klägersche Auslegung dieser vertragsmäßigen Währschaftspflicht würde zu Absurditäten führen, welche vor einer vernünftigen Auffassung der Verhältnisse nicht bestehen können. Nach Ziffer 1 des allegirten §. 662 ist es Pflicht des Uebergebers, dem Uebernehmer dafür Währschaft zu leisten, daß er die Sache behalten und benützen dürfe. Wenn man nun annähme, daß auch diese Garantiepflicht durch die mehrgedachten zwei besondern Bestimmungen aufgehoben wäre, so hätte möglicherweise der Kaufsgegenstand schon am Tage nach dem Kaufsabschlusse dem Käufer von einem Dritten evincirt werden können, ohne daß er dann nur Entschädigung für das herausverlangte Kaufsobjekt anzusprechen berechtigt gewesen wäre.

Daß so etwas nicht in der Absicht des Contrahenten liegen konnte,

bedarf wohl keines besondern Nachweises. Auch bei andern Währschaftsverhältnissen analoger Natur würde die klägersche Auslegung zu Folgerungen führen, die mit dem Leben in Widerspruch gerathen; denn man dürfte dann annehmen, daß, wenn jemand beim Verkauf eines Pferdes dafür garantiren würde, daß dasselbe ein gutes Reitpferd sei, er deßwegen von jeder Währschaftspflicht für allfällige Hauptmängel befreit wäre. U. v. 22. April 1863.

254. Michael Dreifuß vermiethete am 9. August 1865 dem Sl. Guggenheim eine Wohnung um den jährlichen Miethzins von Fr. 150. Am gleichen Tage begab sich Guggenheim in die gemietheten Lokalitäten und verblieb daselbst bis 9. Febr. 1867. An diesem Tage verließ er nämlich die fragl. Wohnung, nachdem ein Dritter, Samuel Dreifuß, einen Streit mit dem Begehren auf Räumung derselben gerichtlich anhängig gemacht, das Sl. Guggenheim nicht widersprochen, weil er gefunden, daß nicht der Vermiether M. Dreifuß, sondern Sl. Dreifuß Eigenthümer der vermietheten Wohnung sei und dies schon bei Abschluß des Miethvertrages gewesen und er deßhalb dem erwähnten Begehren nicht mit Erfolg entgegentreten könne.

Der Vertrag wurde auf ein Jahr eingegangen und da die Miethe nach Verfluß dieses Jahres noch fortbestanden, muß nach Lemma 3 des §. 695 des a. b. G. angenommen werden, daß er auf ein weiteres Jahr erneuert worden. Sl. Guggenheim wäre daher jedenfalls berechtigt gewesen, von der fraglichen Wohnung bis 9. August 1867 Gebrauch zu machen und frägt es sich daher, ob er aus dem Grunde, weil das Miethverhältniß vor Ablauf des zweiten Miethjahres gelöst worden, zu einem Entschädigungsanspruch befugt erscheine.

Für denjenigen, welcher den Vertrag vor Ablauf der bedungenen Frist auflöst, oder — was gleichbedeutend ist — eine Auflösung des Vertrages verschuldet, erwächst, wie dies aus §. 693 des a. b. G. erhellt, die Verbindlichkeit, dem andern kontrahirenden Theile Schadensersatz zu leisten. Samuel Guggenheim ließ sich aber ein Versehen zu Schulden kommen, wodurch für ihn das Recht auf Schadensersatz verloren ging. Nach §. 662 des a. b. G. hat derjenige, der einem andern eine Sache gegen Entgeld übergiebt, diesem Währschaft zu leisten, daß er die Sache nach den Bestimmungen des Vertrages benützen darf und daß Dritte gegen ihn keine Rechte geltend machen, die zur Zeit der Uebergabe der Sache bereits auf derselben gehaftet und die ihm in dem Vertrage nicht angezeigt worden. Zu dieser Währschaftsleistung ist daher auch der Vermiether gegenüber dem Miether verpflichtet.

Um sich aber das Recht zur Geltendmachung dieser Verpflichtung zu wahren, wäre Sl. Guggenheim, nachdem Sl. Dreifuß gegen ihn klagend aufgetreten, verhalten gewesen, dem M. Dreifuß den Streit zu verkünden; denn §. 38 der P. O. schreibt vor, daß jeder, welcher wegen des Streitgegenstandes Gewährleistung oder Schadloshaltung von einem Dritten fordern will, diesem den Streit verkünden und von ihm Vertretung verlangen muß. Der Sinn und Zweck dieser Gesetzesvorschrift ist einleuchtend. Daraus, daß Michael Dreifuß zur Zeit der Errichtung des Miethvertrages nicht Eigenthümer der vermietheten Wohnung gewesen, muß nicht nothwendig gefolgert werden, daß er zum Vertragsabschlusse nicht berechtigt gewesen; es ist ja gedenkbar, daß zwischen ihm und Sl. Dreifuß ein Rechtsverhältniß obgewaltet, welchem zufolge ihm, dem Michael Dreifuß, die Befugniß zur Vermiethung zugestanden. Deßhalb hätte Sl. Guggenheim dem Begehren des Sl. Dreifuß um Räumung der Wohnung nicht sofort entsprechen, sondern vor allem dem Vermiether von der Klage des Sl. Dreifuß in vorgeschriebener Weise Kenntniß geben, d. h. ihm den Streit verkünden sollen. Es würde sich dann herausgestellt haben, ob der Vermiether im Stande gewesen, den zwischen ihm und Sl. Guggenheim abgeschlossenen Vertrag aufrecht zu halten. Dieser letztere brachte aber die Streitverkündung nicht zur Anwendung und fehlt deßhalb eine wesentliche Voraussetzung, von welcher das Gesetz die Belangung des Vermiethers um Leistung von Schadensersatz abhängig macht.

Das bezirksgerichtliche Urtheil, welches den Schadensersatzanspruch des Miethers als begründet erklärte, wurde demgemäß als ein nichtiges aufgehoben. U. v. 18. Dez. 1867.

255. Dem Käufer eines Hausantheils mit zwei Gartenbeeten wurde das eine dieser Beete durch gerichtliches Urtheil wieder entzogen und als Eigenthum eines Dritten erklärt.

Hierauf verlangte der Käufer die Aufhebung des Kaufsvertrages. Der Verkäufer widersetzte sich diesem Begehren, indem er anbrachte: Der Kauf beziehe sich auf einen Hausantheil; das Gesetz unterscheide zwischen wesentlichen Mängeln, welche das Objekt für den Zweck des Käufers unmöglich machen und nicht wesentlichen Fehlern, die bloß eine Werthverminderung des Vertragsobjektes zur Folge haben. Nur die erstern berechtigen zur Aufhebung des Vertrages, die letztern bloß zum Anspruch auf Schadensersatz; als ein nicht wesentlicher Fehler müsse der in Frage stehende betrachtet werden.

Bei Beurtheilung des Falles giebt der erste Satz des §. 664 des a. b. G. den Ausschlag, welcher vorschreibt: Zeigen sich an dem Ver-

tragsgegenstande Gewährsmängel, die von dem Gewährsmanne nicht gehoben werden können, so hat der Uebernehmer die Wahl, entweder den Vertrag aufzuheben oder Ersatz des Schadens zu verlangen." Nun zeigte sich an dem Kaufsgegenstande der Gewährsmangel, daß der Käufer einen Theil desselben nicht behalten durfte und war deßhalb der Käufer befugt, auf Rückgängigmachung des Vertrages zu dringen.

Der Kläger hatte früher über eine Entschädigungssumme für das ihm entzogene Gartenbeet mit dem Beklagten auf gütlichem Wege unterhandelt, ohne einer Aufhebung des Vertrages zu erwähnen. Das hinderte aber, nachdem die Unterhandlungen sich zerschlagen, den Käufer nicht, sein Recht auf Aufhebung des Vertrages zu verfolgen, auf das er nicht verzichtete. U. v. 25. September 1857.

§§. 665—667.

256. In §. 681 des a. b. G. ist der Grundsatz ausgesprochen, daß wenn beim Abschluß eines Kaufsvertrages über Liegenschaften das Maß nur beiläufig („ungefähr, circa") angegeben wird, der Verkäufer nur dann Gewähr leistet, wenn das wirkliche Maß über ein Viertheil kleiner ist, als das versprochene.

Der Käufer einer Liegenschaft, um Bezahlung des Kaufpreises angegangen, hatte mit Bezugnahme auf die citirte Gesetzesvorschrift sich dem Zahlungsbegehren mit der Einwendung widersetzt, daß das Maß des Kaufsobjektes, das der Verkäufer zu ungefähr zwei Jucharten bezeichnete, über ein Viertheil kleiner sei, als es angegeben worden und er deßhalb zur eingeklagten Leistung nicht verhalten werden könne. Der Kläger glaubte die Schutzbehauptung des Beklagten mit der replikantischen Entgegnung entkräften zu können, daß eine diesfällige Währschaftspflicht durch Verjährung erloschen sei.

Was nun diese Entgegnung des Klägers anbelangt, so ist der Begriff und das Wesen der Währschaft in den §§. 662 bis und mit 666 erörtert: Diejenigen allgemeinen Bestimmungen über das Wesen, die Wirkung und die Dauer der Währschaftspflicht, wie sie in jenen Bestimmungen enthalten sind, müssen daher bei den Währschaftsverhältnissen der einzelnen Verträge zur Anwendung kommen, insofern das Gesetz jeweilen nicht mit den ausdrücklichen Worten etwas anderes vorgeschrieben hat. Das Wesen der Währschaft besteht nun darin, daß bei Gewährsmängeln, die vom Gewährsmanne nicht gehoben werden können, der Währschaftsberechtigte entweder Aufhebung des Vertrages oder aber Schadensersatz verlangen kann, während hinsichtlich der zu hebenden Mängel lediglich ein Schadensersatzanspruch begründet ist.

Faßt man den konkreten Fall ins Auge, so wird ein solcher Gewährsmangel behauptet, dessen Hebung nicht möglich ist. Denn wenn das Maß des Kaufsobjektes um mehr als ein Viertheil kleiner ist, als es angegeben worden, so ist diesem Mangel nicht abzuhelfen, weil das Grundstück nicht größer gemacht werden kann.

Die Währschaft, welche nach §. 681 der Kläger zu leisten hätte, würde demnach laut §. 664, Lemma 1, darin bestehen, daß er dem Begehren des Beklagten um Aufhebung des Vertrages oder Schadensersatz zu entsprechen hätte.

Will aber der Beklagte in Verfolgung seiner Währschaftsrechte entweder Aufhebung des Vertrages oder Schadensersatz verlangen, so muß dies seinerseits in der gesetzlich vorgeschriebenen Frist geschehen, d. h. binnen der Frist eines Jahres von dem Zeitpunkte an, in welchem der Gewährsmangel ihm bekannt geworden. §. 665 des a. b. G. Aus der letztern Stelle, wornach innert Jahresfrist die Klage anzubringen ist, erhellt, daß es hauptsächlich die Klage ist, welche als Mittel zur Verfolgung der Währschaftspflicht bezeichnet wird. Darf man nun allerdings gestatten, daß der Währschaftsberechtigte seine Ansprüche auch durch eine Einrede geltend mache, so ist doch jedenfalls so viel klar, daß die gesetzlich bestimmte Frist niemals erstreckt werden kann, d. h. daß die Einrede nicht günstiger als die Klage behandelt werden darf und gerade wie die letztere an die Frist eines Jahres von dem Zeitpunkte angerechnet, wo dem Excipienten der Gewährsmangel bekannt geworden, gebunden ist. Im Falle hatte der Beklagte den Gewährsmangel schon am 14. März 1861 wahrgenommen, während die Geltendmachung seines Rechts vermittelst der erst am 13. April 1862 verurkundeten Antwort, sonach offenbar zu spät stattgefunden hat. U. v. 20. November 1862.

257. Gegenüber der Klage auf Leistung des bedungenen Preises um eine verkaufte Kuh wurde vom Beklagten die Einwendung vorgeschützt, es habe sich am Kaufsobjekt ein Gewährsmangel gezeigt, der den Beklagten im Sinne des §. 664 des a. b. G. berechtige, entweder den Vertrag aufzuheben, oder Ersatz des Schadens zu verlangen. Dieser Einwendung gegenüber berief sich der Kläger replikantisch auf die Verjährung des Klage- resp. Einwendungsrechts aus Grund eines angeblichen Gewährsmangels, indem er anführte, daß seit dem Zeitpunkt, da der Beklagte von dem behaupteten Gewährsmangel Kenntniß erhalten habe, bis zu der in der Antwort erfolgten gerichtlichen Geltendmachung desselben die gesetzliche Verjährungsfrist bereits abgelaufen sei.

Diese replikantische Einwendung mußte als begründet erklärt werden. In §. 665 des a. b. G. ist nämlich festgesetzt, daß die Klage aus

Grund eines Gewährsmangels innert der Frist eines Jahres anzubringen sei. Es versteht sich von selbst, daß nach aargauischem Recht dies auch mit Beziehung auf eine Einrede aus Grund eines Gewährsmangels der Fall sein muß. Denn nicht nur stehen sich in dieser Beziehung die Stellung des Klägers und des Beklagten ganz analog (gemäß dem Rechtsgrundsatz: reus excipiendo fit actor), sondern unser Gesetz geht durchgehends von dem Grundsatz aus, daß ein durch Verjährung erloschener Rechtsanspruch weder klageweise, noch auf dem Weg der Einrede mehr geltend gemacht werden könne (vgl. §. 849 des a. b. G.), ein Grundsatz, der auch in der obergerichtlichen Judikatur schon wiederholt ausgesprochen worden ist.

Daraus folgt, daß auch die Einrede an die gleiche Frist gebunden ist, wie die Klage, d. h. an die Frist eines Jahres von dem Zeitpunkt an gerechnet, wo dem Beklagten der Gewährsmangel bekannt geworden. U. v. 23. März 1869.

258. Vom Käufer eines Pferdes wurde das letztere dem Verkäufer zurückgeboten, weil es an einem Hauptmangel gelitten. In dem hierauf entstandenen Regreßstreite ergab sich die Frage, auf welche Art die in §. 2 des Währschaftskonkordats bestimmte Währschaftszeit von 20 Tagen berechnet werden müsse. Hierüber wurde befunden:

Wenn das Gesetz in §. 2 vorschreibe, daß mit dem Tage der Uebergabe des Kaufsgegenstandes die Währschaftszeit beginne, so beginne sie offenbar mit dem Anfang jenes Tages und es werde somit durch das Gesetz der Tag der Uebergabe als Zeiteinheit aufgefaßt und bilde den ersten Abschnitt in der Reihe der die Währschaftszeit ausmachenden 20 Tage. Eine andere Auslegung, welche von Moment zu Moment rechnen und somit den ersten Tag nur von derjenigen Stunde an in die Währschaftszeit einrechnen würde, in der die Uebergabe stattgefunden habe, wäre dem Gesetze, das von dem Tage und keineswegs von der Stunde der Uebergabe spreche, fremd und müßte in der Ausführung oft zu den größten Schwierigkeiten und Chikanen führen, indem (wenn man doch von Moment zu Moment rechnen wolle) dann ebensogut die Minute oder die Sekunde als Anfangspunkt der Währschaftszeit anzunehmen wäre. U. v. 9. Juni 1856.

259. Die Währschaftszeit in Bezug auf Thiere beginnt nach §. 2 des Gesetzes über die Gewähr von Viehhauptmängeln mit dem Tage der Uebergabe des Kaufsgegenstandes.

Eine andere Auslegung und namentlich diejenige, daß der Tag der Uebergabe nicht in die gesetzliche Frist einzurechnen sei,

darf dem Konkordat nicht gegeben werden. Wenn man sich auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über den Beginn der Fristen und insbesondere auf den §. 369 der aargauischen P.-O. berufen will, so fällt dagegen in Betracht, daß das Konkordat ein spezielles Gesetz ist und bezüglich des Beginns der Währschaftszeit eine besondere Bestimmung enthält, welche nicht durch allgemeine Rechtsprinzipien ersetzt wird, ferner ein eidgenössisches Gesetz, das lediglich aus ihm selbst und nicht aus kantonalen Gesetzen interpretirt werden darf. U. v. 2. September 1858.

260. Auf Grund des Konkordates über Gewähr der Viehhauptmängel drang ein Bürger des Großherzogthums Baden, dem ein Bürger des Kantons Aargau ein Pferd zu kaufen gab, diesem Kantonsangehörigen gegenüber vor dem aargauischen Richter auf Erfüllung der Währschaftsverbindlichkeit, da es sich heraus stellte, daß das fragliche Pferd mit einem der im Konkordate bezeichneten Hauptmängel behaftet sei.

Der Beklagte glaubte sich mit der Einwendung schützen zu können, daß der Kläger als Ausländer der Wohlthat des erwähnten Konkordats nicht theilhaftig sei und die Klage schon aus diesem Grunde eines genügenden Fundamentes entbehre. Die völlige Unhaltbarkeit dieser Anschauung des Beklagten ergiebt sich aus folgender Betrachtung:

Der Pferdehandel, um dessen rechtliche Folgen sich der Streit dreht, wurde auf aargauischem Gebiet abgeschlossen und versprachen sich die Vertragschließenden gegenseitig gesetzliche Währschaft. Schon aus diesem letztern Umstande allein, nämlich dem Grunde der freien Willensbestimmung beider Parteien ist zu entnehmen, daß das hierseitige Gesetz als forum contractus zur Anwendung kommen müsse. Der §. 6 des a. b. G. schreibt vor: „Die bürgerlichen Gesetze beziehen sich auf alle Personen und alle Sachen, die sich im Gebiete des Kantons befinden und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind." Hat nun der Beklagte mit dem Kläger auf hierseitigem Gebiete den Pferdehandel abgeschlossen und ausdrücklich die gesetzliche Währschaft versprochen, so kann es auch nicht bezweifelt werden, daß er dem Kläger vor dem aargauischen Richter Rede stehen müsse und daß die Entscheidung des Falles nach den im Aargau geltenden Gesetzen vor sich zu gehen habe. Aber auch der Fall gesetzt, die Währschaft sei nicht ausdrücklich versprochen worden, so müssen nichtsdestoweniger die aargauischen Gesetze und deßhalb auch das genannte Konkordat zur Anwendung kommen; denn die entgegengesetzte Ansicht ließe sich weder mit dem Grundsatze des Gerichtsstandes und der Gesetze des Ortes des geschlossenen Vertrages, noch mit dem Geist und Sinn des Konkordats selbst vereinbaren. Das letztere schließt nämlich Ausländer oder Einwohner von Nichtkonkordatskantonen im Verkehr mit

hierseitigen Personen schlechterdings nicht aus, was, wenn eine solche Ausschließung in der Absicht der konkordirenden Kantone gelegen gewesen wäre, zweifelsohne daselbst auch Ausdruck gefunden hätte.

Beim Mangel einer einen solchen Ausschluß verfügenden Bestimmung liegt der Schluß auf unbeschränkte Anwendung des Konkordats gewiß näher als derjenige auf Justizverweigerung gegenüber von Ausländern, zumal dadurch nicht nur diese letztern, sondern auch die Einwohner nicht konkordirender Kantone der Schweiz in einen von dem betreffenden Gesetz schwerlich beabsichtigten Ausnahmszustand versetzt würden.

Macht aber das Konkordat selbst keine Ausnahme, so wäre es nicht einzusehen, aus welchem andern Grunde der von einem Ausländer über einen im Inland geschlossenen Vertrag vor seinem ordentlichen Gerichtsstand belangte Aargauer dem eigenen in Kraft befindlichen bürgerlichen Gesetze des Kantons und sogar vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen sich zu entziehen vermöchte. U. v. 4. September 1867.

261. Bei Veräußerung einer Kuh wurde folgende Resolutivbedingung verabredet: „Wenn der Buck an dem Backen (die Geschwulst „am Backen) etwas nachdeilig ist in 14 Tagen, mus der Verkäufer in „14 Tagen die Kuh wieder zuriknehmen."

Da die Geschwulst sich schon innert 8 Tagen vergrößert und der herbeigerufene Thierarzt dieselbe als Zahnfistel erklärt, welcher der Gesundheit nachtheilig sei, hatte der Käufer innert der offenen Frist von 14 Tagen den Verkäufer rechtlich aufgefordert, die Kuh zurückzunehmen. Allein der letztere entsprach der Aufforderung nicht und als der Käufer auf Zurücknahme der Kuh Klage führte, erwiderte der Verkäufer: Bei Beurtheilung dieser Sache müsse das Konkordat über Gewähr der Viehhauptmängel maßgebend sein, der Klage stehe nun vor allem der Umstand entgegen, daß die Vorschriften der §§. 4, 7, 8, 9 und 12 des fraglichen Konkordats nicht beobachtet worden, d. h., daß die Untersuchung des Gewährsmangels nicht durch zwei Sachverständige und überhaupt nicht unter den dort vorgezeichneten Formen stattgefunden.

Da es sich im Falle nicht um einen im Konkordate vorgesehenen sondern durch Vertrag der Kontrahenten bestimmten Gewährsmangel handelt, so ist die Frage zu erörtern, ob, wie der Beklagte geltend macht, gleichwohl das Konkordat, nämlich das daselbst vorgeschriebene Verfahren, zur Anwendung komme. In §. 662 des a. b. G. ist die Bestimmung enthalten: Wer einem Andern eine Sache gegen Endgeld übergiebt, hat diesem Währschaft zu leisten, daß die Sache (siehe Ziffer

3 der fraglichen Gesetzesstelle) mit keinem verborgenen Mangel behaftet sei, welche sie zu dem ordentlichen Gebrauche untüchtig machen. Diese Vorschrift ist eine allgemeine; der §. 666 aber bestimmt weiter: „Bezüglich der Währschaft für die Mängel des Viehs verfügt ein besonderes Gesetz.“ Dieses letztere bildet daher die Ausnahme von der erwähnten Regel und es muß der Grundsatz festgehalten werden, daß überall, wo das Gesetz der Ausnahme vermöge seiner Bestimmungen für einen gegebenen Fall nicht maßgebend ist, die allgemeine Regel über die Währschaftspflicht Anwendung finden muß. Mit Bezug auf die Mängel beim Rindvieh will dies ebensoviel heißen, als daß, — wenn der Fall des gesetzlich bestimmten Gewährmangels nicht zutrifft, die Gewähr irgend einer Eigenschaft aber vertragsmäßig zugesichert worden — die Gewähr vom Standpunkte des Vertrages aus zu leisten ist und die streitige Frage auch von daher ihre Beurtheilung finden muß. Hieraus leitet sich dann aber ab, daß bei rechtlicher Verfolgung der Gewährspflicht das gewöhnliche Verfahren und nicht dasjenige des Konkordats Platz zu greifen hat, weil vorab angenommen werden muß, daß, wenn das Konkordat sich nur auf eine bestimmte Zahl von Mängeln bei Pferden und beim Rindvieh beschränkt, auch das besondere hiefür vorgeschriebene Verfahren nur auf diese Fälle anzuwenden und nicht auf andere auszudehnen ist, welche nicht unter das Konkordat fallen und für welche das gleiche Verfahren festzuhalten ganz außer der Absicht und dem Zwecke der konkordirenden Stände gelegen.

§. 6 des Konkordates bestimmt zwar, daß Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen über Gewährsmängel und Gewährszeit (bei Pferden und beim Rindvieh) durch Verträge bedungen werden können. Allein es widerstreitet offenbar der juridischen Auslegung, hieraus folgern zu wollen, es müsse das konkordatsmäßige Verfahren nichts desto weniger auch da innegehalten werden, wo von einem gesetzlichen Hauptmangel überhaupt gar nicht die Rede ist.

So wenig demnach durch das Konkordat die allgemeinen Grundsätze und folglich auch das gewöhnliche Verfahren über Mängel bei andern als den durch dasselbe bezeichneten Viehgattungen aufgehoben werden können, so wenig fallen diese Grundsätze über Eviktionsleistung und das allgemeine Prozeßverfahren hinweg, wo ein besonderer, vom Konkordate ausgeschlossener Mangel besonders gewährleistet worden und hat der erwähnte §. 6 offenbar nur den Zweck, die Vertragsautonomie der Paciscenten auch bezüglich auf die gesetzlichen Viehhauptmängel außer Zweifel zu stellen.

Hat nun im vorliegenden Falle der Beklagte (der Verkäufer) in Bezug auf den sogenannten Buck der verkauften Kuh das Recht zur

Wandelungsklage ausdrücklich auf den Fall des Eintritts einer gegebenen Bedingung anerkannt, so kann es sich nur noch fragen, ob die Bedingung eingetreten, oder ob Beweis für deren Eintritt angetragen und der letztere als erheblich zu betrachten sei. U. v. 24. Mai 1859.

262. Die im vorhergehenden Falle ausgesprochene Auffassung über das Verfahren bezüglich eines vertragsmäßig festgesetzten Gewährmangels darf nicht als feststehende Praxis angesehen werden, indem im Jahr 1866 die Ansicht siegte, daß auch bei Streitigkeiten hinsichtlich der durch Vertrag bestimmten Gewährsmängel das im Konkordate vorgesehene Verfahren zur Anwendung kommen müsse.

Der Verkäufer eines Pferdes verpflichtete sich, dasselbe innert 8 Tagen zurück zu nehmen, wenn es „nicht gesund und gerecht" sei. Der Käufer verlangte dessen Zurücknahme mit dem Anbringen, daß das Thier bei nur mäßigem Gebrauche wiederholt zu Boden gestürzt sei und nur mit außerordentlicher Kraftanstrengung wieder auf die Beine habe gebracht werden können.

Die Klage wurde aber schon aus dem Grunde verworfen, weil nicht das konkordatmäßige Verfahren stattgefunden, dann aber das Auftreten des Klägers freilich auch deßhalb als unbegründet erklärt, weil er aus seiner Schuld nicht mehr im Besitze des Thieres war und es daher nicht mehr zurück geben konnte. U. v. 7. Mai 1866.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Kaufsvertrage.

§§. 668—672.

263. Nachdem ein Kaufsvertrag über eine „Hälfte Wohnhaus, Scheune, Stallung und Keller, nebst Hausplatz, Kraut- und Baumgarten, circa einen Vierling groß" — abgeschlossen worden, drang der Käufer vermittelst der Klage auf dessen Fertigung. — Der Verkäufer erwiderte: Auch er strebe die Fertigung an, allein die Kontrahenten seien über die Größe und Grenzbezeichnung des mitverkauften Hausplatzes nicht einig, im Kaufaufsatze sei dieselbe nicht angegeben und werde wegen dieser mangelhaften Bezeichnung des Kaufsobjektes auf Abweisung der Klage angetragen.

In dieser Sache fand man: Der Kläger verstehe unter der Bezeichnung „Hausplatz" im Kaufsaufsatz denjenigen Platz, der früher

zu dem von ihm gegenwärtig bewohnten Hause gehört habe. Der Beklagte sei mit dieser Ansicht über den Umfang des Hausplatzes nicht einverstanden, denn er bezeichne in seiner Antwort das Areal desselben in einer von der Lokalbeschreibung des Klägers ganz abweichenden Weise. Aus dem Kaufsauffatze ergebe sich nicht, welche Größe und welche Grenzen der darin erwähnte Hausplatz besitze, noch seien in dieser Beziehung erhebliche Beweise beantragt. Könne aber die Frage, was unter dem im Kaufsauffatze zwar erwähnten, aber nicht näher beschriebenen und nicht abgegrenzten Hausplatze zu verstehen sei, nicht beantwortet werden, so sei der Vertragsgegenstand ein unausgemittelter, streitiger und unbestimmter und es bestehe somit keine erweisliche Uebereinstimmung der Parteien über denselben.

Da nun aber ein Kaufsvertrag nur alsdann rechtlichen Bestand haben könne, wenn unter den Parteien eine Willensübereinstimmung über den Kaufsgegenstand und den Kaufspreis bestehe, dieses aber in concreto nicht der Fall sei, so erzeige es sich, daß das eingeklagte Rechtsgeschäft nicht perfekt geworden, somit an einem wesentlichen Mangel leide und folgerichtig auch auf rechtlichen Bestand keinen Anspruch machen könne. U. v. 29. April 1858.*

* Ueber den Begriff des Kaufes s. auch No. 247.

264. Der Handelsmann A. F. klagte in Folge einer Lieferung von Mais gegen den Empfänger des letztern auf Rückgabe von 461 Säcken, in welchen die Waare verpackt gewesen. Diesem Klagbegehren wurde aber nicht entsprochen. Unter den Parteien war die Uebereinkunft getroffen worden, daß „die Säcke für Waare gewogen werden „sollen," nach welcher Uebereinkunft denn auch die Wägung stattgefunden. Wenn nun aber die Säcke als Waare gewogen und dieses Bruttogewicht zugleich als Waare bezahlt worden, so sind diese mitgewogenen und mitbezahlten Säcke auch mitgekauft und darum Eigenthum des Käufers geworden und waren daher nicht an den Verkäufer zurückzugeben. U. v. 21. Mai 1858.

265. Am 14. Juli 1853, wenige Wochen vor Erkennung seines Geldstages, hatte Rud. Müller, Krämer und Kammmacher von Zofingen, während er mit seinen Gläubigern einen Nachlaßvertrag unterhandelte, seinen Hausrath und seine Ladenwaaren, sowie die Hausbuchforderungen einigen Gläubigern verkaufsweise abgetreten. Durch den Kaufsvertrag um die Ladenwaaren, der allein in Frage steht, wurde Folgendes festgesetzt: Der Schuldner verkauft einigen Gläubigern sämmtliche Ladenwaaren ohne Ausnahme, die Käufer übernehmen dieselben eigenthümlich

und übertragen den Detailverkauf derselben auf ihre Rechnung dem Verkäufer; sollte indessen das von letzterm seinen Gläubigern vorgeschlagene Akkommodement zu Stande kommen, so erklären die Käufer, daß sie sich ebenfalls mit 40 % ihrer Forderungen begnügen und dem R. Müller die abgekauften Waaren wieder eigenthümlich überlassen werden.

Andere Gläubiger des Müller hatten nun diesen Vertrag den Käufern gegenüber vermittelst der Civilklage angefochten, indem sie denselben als ein gesetzwidriges, auf Täuschung und Gefährdung der Gläubiger des R. Müller beruhendes Scheingeschäft bezeichnet, während die Käufer, die Beklagten, die Vereinbarung als eine erlaubte, mit keinem Gesetz im Widerspruch stehende darzustellen gesucht hatten.

Der fragl. Kaufsvertrag wurde vom Obergericht als ungültig aufgehoben und zwar mit folgender Betrachtung: Der streitige Vertrag biete verschiedene allerdings auffallende Momente dar. Ohne ein Verzeichniß, ohne eine Schätzung des Werthes werden sämmtliche Ladenwaaren des Schuldners, die den wichtigsten Bestandtheil seines Vermögens bilden, in Bausch und Bogen den Beklagten eigenthümlich überlassen und der Kaufspreis gerade auf den Betrag ihrer Forderungen gestellt; dem Verkäufer werde der Kleinverkauf der Waaren, freilich auf Rechnung der Uebernehmer, überlassen und der Vertrag unter der Bedingung geschlossen, daß im Falle des Zustandekommens eines Nachlaßvertrages die Beklagten sich mit 40 % zu begnügen hätten und das Eigenthum der Waare wieder auf den Verkäufer übergehen, oder mit andern Worten, daß der Kaufsvertrag nur auf den Fall des Geldstags des Schuldners Bestand und rechtliche Wirkung haben solle. Aus diesen Bestimmungen ergebe sich, daß die Sicherstellung der Beklagten für ihre Forderungen auf den Fall des vorauszusehenden Geldstags des Schuldners der wahre und alleinige Zweck der Vertragschließenden gewesen und daß, damit dieser Zweck erreicht werde, die Form des Kaufsvertrages gewählt worden.

Wie man die Sache aber auffasse, so erscheine der Vertrag als ein ungültiger. Betrachte man denselben nämlich als Faustpfandvertrag, als welchen er seinem Wesen nach sich darstelle, so verstoße er sich gegen §. 610 des a. b. G., welcher vorschreibe, daß der Gläubiger, um das Pfand zu erwerben, die verschiedenen Sachen in Verwahrung nehmen oder sie mit Einwilligung des Schuldners einem Dritten übergeben müsse, was im Falle nicht geschehen sei.

Wollte man aber das Geschäft auch als eigentlichen Kaufsvertrag auffassen, so könnte es wiederum keinen Anspruch auf richterlichen Schutz machen. R. Müller sei zur Zeit des Vertragsabschlusses betrieben gewesen, er habe seinen schon zu Anfang Augusts (1853) eingetretenen

Geldstag mit Sicherheit voraussehen müssen und ihn durch Einleitung von Nachlaßverträgen nicht sowohl abzuwenden als zu verzögern gesucht. Ein solcher im materiellen Konkurs befindlicher Schuldner sei nach rechtlichen Grundsätzen, die auch hierseits stets Anerkennung gefunden, zwar befugt, einem andringenden Gläubiger Zahlung zu leisten oder selbst eine Sache an Zahlungsstatt ihm abzutreten; allein derselbe dürfe keine Veräußerungen vornehmen in der unlautern Absicht, seine Gläubiger dadurch überhaupt zu beeinträchtigen oder einen Gläubiger zum Nachtheil der übrigen zu begünstigen. Der vorliegende Vertrag erscheine nun aber nicht als eine einfache und erlaubte Bezahlung oder Sicherstellung einzelner Gläubiger, sondern trage vielmehr die Kennzeichen unstatthafter Vermögensveräußerung (alienatio in fraudem creditorum) an sich.

Auch abgesehen davon, daß der beträchtlichste Theil des fahrhablichen Vermögens des Schuldners ohne Aufzeichnung und Beschreibung desselben und ohne Ausmittlung seines wahren Werthes den Beklagten dahingegeben, der gantrichterlichen Verfügung gänzlich entzogen und dadurch dem Verdachte Raum gegeben werde, es möchte der Werth der überlassenen Waaren den Betrag der Forderungen selbst, zu deren Bezahlung sie bestimmt seien, übersteigen, so trete das Bestreben des Rud. Müller, mit dem seinen Gläubigern bereits verfallenen Vermögen nach Willkür zu schalten und einzelne Gläubiger auf Unkosten der übrigen zu begünstigen, in seiner ganzen Handlungsweise unzweideutig zu Tage; indem derselbe nämlich — während er über einen Nachlaßvertrag in Unterhandlung gestanden — nicht nur seine Ladenwaaren, sondern mittelst (seither wieder freiwillig aufgegebenen) Kaufs auch seinen Hausrath und sämmtliche Buchforderungen gleichzeitig und unter den gleichen Bedingungen auf den Fall des Geldstags abgetreten und dadurch laut Inventar sein sämmtliches Vermögen veräußert, habe er gewissermaßen an der Stelle der Geldstagsbehörde selbst, der dies allein zustehe, die Vertheilung seines Vermögens unter seine Gläubiger übernommen; die einen hätten nach Gutdünken des Schuldners für ihre Forderungen befriedigt, die andern mit leeren Händen abgefertigt und, was nicht zu übersehen sei, dafür bestraft werden sollen, daß sie dem angebotenen Nachlaßvertrag nicht beigetreten. Ein solches Verfahren trage aber das Merkmal unbefugter Vermögensveräußerung von Seite eines an der Schwelle des Geldstags stehenden Schuldners an sich und könne nach Recht und Uebung nicht als zulässig und gültig angesehen werden.

U. v. 17. Jenner 1855.*

* Anmerkung. In Ansehung des Kaufsvertrages über Mobilien ist auch §. 40 der Geldstagsordnung zu berücksichtigen, welcher vorschreibt: „Beweglichkeiten, welche vom Geldstager mit dem Vorbehalt des Wieder-

kaufs, der Nutznießung unter Beifügung eines Bestandvertrages oder anderer Bestimmungen veräußert wurden, infolge welcher der Geldstager im Besitze der Kaufsgegenstände geblieben, werden ebenfalls zum Massavermögen genommen." Diese Vorschrift wollte in einem Falle durch folgende von den Contrahenten unterzeichnete urkundliche Erklärung eludirt werden: „Der Verkäufer anerkennt den fraglichen Kauf und hat die bis jetzt nicht herausgegebenen Gegenstände freiwillig an den Käufer herausgefolgt und letzterer bescheint zugleich, daß er diese Gegenstände richtig empfangen habe."

Bei Ausbruch des Konkurses über den Verkäufer waren die Verkaufsobjekte noch im Besitze des letztern und wurden deßhalb trotz der urkundlichen Bescheinigung, deren Inhalt sich eben als unwahr herausstellte, als Massagut erklärt. Der Käufer machte geltend, daß er die Mobilien nur bittweise dem Verkäufer überlassen habe, um ihm in seiner bedrängten Lage nicht die Möglichkeit abzuschneiden, seinen Beruf auszuüben. Einem solchen Anbringen kann aber selbstverständlich keine Beachtung zu Theil werden.

U. v. 17. März 1870. Art. 152.

266. Bei einer Steigerung über Liegenschaften wurden vom Verkäufer für einzelne Angebote Gutscheine ausgestellt. Als die Steigerungsverhandlung als ungültig angefochten wurde, war der Verkäufer der Ansicht, daß §. 672 des a. b. G., welcher vorschreibt: „öffentliche Kaufsverhandlungen, bei welchen von dem Verkäufer oder in seinem Auftrage Getränke, Speisen oder Geld verabreicht oder versprochen werden, sind ungültig" — auf den Fall nicht zutreffe, weil diejenigen, welche Gutscheine für einzelne Angebote erhalten, schließlich nicht Käufer geworden seien.

Diese Auffassung kann aber richterlich nicht gebilligt werden. Die fragliche Bestimmung hat den Zweck, die verschiedenen mißbräuchlichen und in ihren Folgen mannigfach verderblichen Machinationen bei öffentlichen Kaufsverhandlungen, wodurch nicht nur Kaufsliebhaber, sondern auch solche, welche nicht von ferne die Absicht haben, zu kaufen, durch Versprechungen dieser oder jener Art zu Angeboten verlockt werden sollen, ein für allemal zu unterdrücken.

Unter öffentlichen Kaufsverhandlungen ist aber nicht allein das schließliche Resultat der Steigerung zu verstehen, sondern sind unter diesen Begriff gerade auch die Versprechungen an die Bieter zu subsummiren; die Bieter erscheinen jeweils bei ihren Angeboten als präsumtive Käufer und folglich dreht sich das mißbräuchliche Rechtsverhältniß zwischen Verkäufer und Bieter im Kreise wirklicher, wenn auch noch von weitern Angeboten Dritter bedingter Kaufsverhandlungen und ist es daher nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber nur den letzten, definitiven Steigerungskauf im Auge gehabt habe und nicht auch den Miß-

brauch der verwerflichen Mittel zur Steigerung, dessen Beseitigung gerade durch die erwähnte Gesetzesvorschrift angestrebt wird.

U. v. 13. Dez. 1866.

§§. 673—679.

267. Das Begehren um Fertigung eines Liegenschaftskaufes, welches der Käufer beim Richter anhängig gemacht, bestritt der Verkäufer mit der Einwendung, daß der Vertrag in der Wirthsstube des Pintwirths K. F. beim Wein abgeschlossen worden und er betrunken gewesen, mithin das Rechtsgeschäft nach den §§. 625 und 673 des a. b. G. als nichtig dahin falle. Der Verkäufer versuchte die Einwendung durch die replikantische Erwiderung zu entkräften, daß der Kaufsvertrag nicht in der Gaststube, sondern in einer Hinterstube, woselbst kein Wein getrunken worden, zu Stande gekommen, indem er zugleich verneinte, daß der Verkäufer bei Errichtung des Vertrages betrunken gewesen.

Nimmt man nun auch dieses Anbringen der Replik als wahr an, so erweist sich die Schutzbehauptung des Beklagten, daß der Vertragsabschluß beim Wein stattgefunden, gleichwohl als begründet. Denn wenn auch das letzte Wort nicht in der Gaststube gesprochen worden, so hat dennoch der Handel in der Wirthschaft und beim Wein seine Entstehung erhalten, indem der Zwischenaufenthalt in der Hinterstube nicht als ein für sich bestehender Akt aus dem Zusammenhange des Vorganges herausgerissen werden darf, vielmehr die ganze im Wirthshaus gepflogene Verhandlung als eine einheitliche und beim Wein geschehene angesehen werden muß, zumal eine entgegengesetzte Auffassung, die Trennung der Verhandlung in zeitlich und örtlich verschiedene Abschnitte dem Sinn und Zweck des §. 673 des a. b. G. widerspricht, der offenbar darin besteht, die Bürger gegen die Folgen eines beim Wein nicht mit dem erforderlichen Ernst und kalten Blut abgeschlossenen Handels ohne weitläufige und kostspielige Prozeßverhandlungen durch das Mittel einfacher Kündung desselben in Schutz zu nehmen. U. v. 16. Febr. 1859.

268. §. 676 schreibt vor: Wird der Kaufsgegenstand vor der Uebergabe durch Zufall wesentlich beschädigt, so hat der Käufer das Recht, vom Vertrage zurückzutreten. Vgl. Nr. 174.

269. Nachdem die Gebrüder G. dem Mehlhändler R. G. 12 Ballen Mehl zu je 250 Pfd. geliefert, verlangten sie von letzterem die Bezahlung des Kaufspreises, indem sie behaupteten: die Lieferung habe

nach einem Muster stattgefunden; mit Ungrund bestreite der Beklagte, daß die Waare dem Muster nicht entspreche, zudem habe der Beklagte, der die Waare zurückgeben wolle, das Recht dazu verwirkt, da er einen Theil, einen Ballen, davon verbraucht habe.

In dieser Sache wurde befunden:

Das bezirksgerichtliche Urtheil erblicke in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Mehlhandel keinen Kauf auf Muster, weil zum Wesen eines solchen gehöre, daß der Verkäufer dem Käufer das Muster zur Aufbewahrung übergebe, damit später durch Vergleichung desselben mit der gelieferten Waare der Beweis des Mangels der Musterkonformität geleistet werden könne; es erblicke vielmehr in dem fraglichen Rechtsgeschäft einen Kauf auf Probe (§§. 677 und 678 des a. b. G.), welcher den Einwand der Kläger beseitige, als habe der Beklagte durch den Verbrauch eines Sackes vom gelieferten Mehl das Recht verloren, die Annahme der übrigen 11 Ballen zu verweigern (§. 679 der a. O.). Als Grund dieser Anschauung werde angeführt, daß die Mängel des Mehls bei dessen bloßer Besichtigung nicht leicht erkennbar, sondern die Eigenschaften, resp. Fehler desselben nur durch Verbacken sicher zu ermitteln seien, was jedoch ein solches Quantum Mehl erfordere, daß der Ballen Mehl, dessen Verbrauch die Klagspartei behaupte (und der Beklagte auch zugestehe), nicht als ein zum fraglichen Zwecke übertriebenes Maß angesehen werden könne.

Bei näherer Betrachtung könne jedoch dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Daß der Kauf wirklich auf Muster abgeschlossen worden, werde durch einen Brief des Beklagten an die Kläger vom 28. Juni vollständig bewiesen, worin er ausdrücklich schreibe: „Das mir mit Brief „vom 19. dies fakturirte Mehl ist nicht nach Muster und stelle Ihnen „solches . . . . zur Disposition." Zwar behaupte der Beklagte, indem er die Tragweite dieser Ausdrucksweise zu fühlen scheine, daß er den fraglichen Brief nicht selbst geschrieben noch unterschrieben, sondern einen Dritten bloß beauftragt habe, in seinem Namen den Klägern das Mehl zurückzubieten, weil die Qualität der Bestellung nicht entsprochen. Allein wenn der Beklagte den Brief als einen in seinem Auftrag geschriebenen anerkenne, insoweit als durch denselben die Mehlsendung zur Disposition gestellt werden sollte, so könne er unmöglich anderseits den übrigen Inhalt des Briefes in Frage stellen. Der Brief bilde ein untrennbares Ganzes und es würde den Klägern gegenüber zur Gefährde gereichen, wenn dem Beklagten gestattet würde, willkürlich bloß den ihm günstigen Inhalt anzuerkennen, den übrigen Inhalt aber als ihn nicht verpflichtend abzulehnen.

Habe nun aber ein Kauf auf Muster eingestandenermaßen statt-

gefunden, so wäre es Sache des Beklagten gewesen, den Nachweis zu leisten, daß die Mehlsendung dem Muster nicht entsprochen und daher mit Grund den Klägern nach §. 678 des a. b. G. zur Disposition gestellt worden sei. Dieser Nachweis sei jedoch in keiner Weise geleistet und nicht einmal beantragt. Wenn das Bezirksgericht die Ansicht ausspreche, zum Begriff des Kaufes auf Muster gehöre, daß ein Muster vom Verkäufer dem Käufer wirklich übergeben werde, so trage es in das Gesetz ein Erforderniß, welches nicht in demselben enthalten sei und verwechsle damit eine Maßregel, welche der Beklagte vorsichtshalber zur Sicherung seines Beweises hätte treffen mögen. Nicht den Klägern, wohl aber dem Beklagten wäre es obgelegen, auf die eine oder andere Weise die Nichtkonformität der Waare mit dem Muster zu konstatiren.

Zwar glaube sich der Beklagte den Beweis dadurch gesichert zu haben, daß er dem Geschäft den Charakter des Kaufes auf Probe vindicire, indem er behaupte und zu beweisen beantrage, die Parteien hätten konvenirt, „er — der Beklagte — kaufe kein Mehl auf Muster, sondern wolle die Waare sehen." Allein abgesehen davon, ob hierin das Verlangen liege, die Waare einer Probe zu unterstellen, wie sie der Beklagte mit derselben angestellt habe, nämlich einen ganzen Ballen zu verbacken, so ziele diese Behauptung auf einen dem Klagbegehren direkt gegenüberstehenden Gegenbeweis ab, der nach Vorschrift des Gesetzes unstatthaft wäre. Nur durch den Einredebeweis, daß die Waare dem verabredeten Muster nicht entsprochen, hätte Beklagter die Dispositionsstellung rechtfertigen können, ein Beweis der aber gezeigtermaßen nicht geleistet sei.

Wäre aber hierüber noch ein Zweifel und das Verhältniß so aufzufassen, daß Beklagter das Recht in Anspruch nehmen könne, die Waare zurückzubieten, wenn er beweisen könne, daß er nicht erhalten habe, was und wie er es sich ausbedungen, daß also der Verkäufer den Vertrag nicht gehörig erfüllt, oder — wie der Beklagte es ansehe — die Bedingung nicht eingetreten, unter welcher er sich zum Kaufe herbeigelassen habe, — so frage es sich immerhin, ob ihm unter Umständen erlaubt gewesen, soweit zu gehen, als er gegangen, ohne unter das Präjudiz des §. 679 zu fallen, welcher laute: „Verbraucht der Käufer einen Theil der Sache, deren Annahme er verweigert, so muß er sie ganz behalten." In dieser Beziehung sei der Beklagte nun offenbar zu weit gegangen, wenn er, gestützt auf den Vorbehalt, die Waare selbst zu s e h e n, einen ganzen Ballen Mehl, also $^1/_{12}$ der Waarenlieferung habe verbacken lassen. Nehme man auch an, daß er eine Probe habe anstellen dürfen, so könne der Begriff derselben doch nicht soweit ausgedehnt werden, daß dabei die S u b s t a n z der Waare, oder wenigstens ein bedeutender Theil derselben verloren gehe. Es komme dies dem V e r b r a u c h eines

Theiles der Sache gleich. Der Beklagte schütze zwar vor und das Urtheil habe seine Ansicht auch gutgeheißen, daß ohne Probe durch Verbackung es nicht möglich sei, die Qualität des Mehles zu bestimmen und daß das Quantum Mehl, welches zu diesem Zwecke verwendet worden, kein übertriebenes sei. Allein es gerathe diese Annahme, abgesehen davon, ob sie eine richtige oder unrichtige und ob es dem Richter gestattet sei, hier gewissermaßen als Sachverständiger zu urtheilen, während die Untersuchung des Mehles auch auf andere, ja noch gründlichere Weise gedenkbar sei, mit dem Kaufsvertrage offenbar in einen unvermeidlichen Widerspruch, in welchem die Gestattung einer so exorbitanten Probe, wie sie der Beklagte unternommen, schlechterdings nicht vorgesehen sei. Daß aber diesfalls eine eigene Bedingung nöthig gewesen wäre, um den Beklagten zur Verbackung von einem ganzen Ballen Mehl zu ermächtigen, erhelle Angesichts des §. 679, welcher an den Verbrauch eines Theiles der Sache den Verlurst der Befugniß knüpfe, nach §. 678 die Waare dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte habe daher mit der Art und Weise seiner angestellten Proben höchst eigenmächtig gehandelt und damit auch die gesetzlichen Folgen dieses seines Benehmens an sich selbst zu tragen. Es lasse sich auch mit Zuversicht behaupten, daß sich kein Verkäufer in der Handelswelt werde gefallen lassen, über seine Waare in der geschehenen Weise zu verfügen, es sei denn, daß er dazu beim Kaufe selbst ausdrücklich eingewilligt hätte. Der Forderungsanspruch der Kläger wurde demnach als begründet erklärt. U. v. 8. Oktober 1868.

§§. 680—683.

270. Kaufverträge zwischen Ehegatten sind ungültig. §. 680 des a. G. Vgl. Nr. 49.

271. Wird bei einem Kaufvertrage über Liegenschaften das Maß nur beiläufig (ungefähr, circa) angegeben, so leistet der Verkäufer nur dann Gewähr, wenn das wirkliche Maß über ein Viertheil kleiner ist, als das versprochene. §. 681 des a. b. G.

Tritt der Fall der Gewährleistung ein, so erstreckt sich diese nicht auf das volle im Vertrage ungefähr angegebene Maß, sondern nur auf Dreiviertheile des versprochenen Landes, da der Sinn und der Wortlaut des Gesetzes offenbar dahin geht, daß derjenige, der sich bei der Vertragseingehung mit einer ungefähren Maßangabe begnügt, für einen Viertheil des Maßes nicht Gewährleistung fordern kann.

U. v. 6. Juni 1868.

272. Laut Auszug aus dem Fertigungsprotokoll des Gemeinderaths von Zufikon verkaufte Bernhard Sax von Stigelen dem Kaspar Willi daselbst unterm 12. Oktober 1868 ein Wohnhaus, vier Grundstücke und verschiedene Fahrhabe um die runde Summe von Fr. 15000 und es wurde dieser Kauf am 9. Dezember 1868 gemeinderäthlich gefertiget. Kaspar Willi behauptet nun, daß die vier Grundstücke, statt des im Kaufsvertrage angegebenen Maßes von circa 8½ Jucharten nur etwas über 4½ Jucharten messen und verlangt Ersatz für das Fehlende nach Mitgabe des §. 681 des a. b. G.

Dieser Paragraph enthält nun allerdings die Bestimmung, daß wenn das Maß nur beiläufig (ungefähr, circa) angegeben werde, der Verkäufer dann Gewähr zu leisten habe, wenn das wirkliche Maß über ein Viertheil kleiner ist als das versprochene; er enthält die fernere Bestimmung, daß wenn mehrere Grundstücke unter Angabe des ungefähren Maßes jedes einzelnen um einen Gesammtpreis verkauft worden, das wirkliche Maß nach dem Gesammtinhalte aller Grundstücke zu berechnen sei. Allein abgesehen davon, ob der §. 681 hier, wo es sich nicht einzig um Grundstücke handelt, überhaupt zur Anwendung komme, spricht gegen eine Abschätzung der verschiedenen Gegenstände, welche im Kauf inbegriffen sind und gegen eine darauf sich stützende Berechnung des angeblichen Minderwerths der Grundstücke folgende konkrete Betrachtung: Vor allem aus fehlt es an den nöthigen Nachweisungen, welcher Werth von den Parteien dem Wohnhaus, welcher den Grundstücken und welcher der Fahrhabe beigemessen werden wollte; der Kauf ist eben in Bausch und Bogen um die runde Summe von Fr. 15000 abgeschlossen worden; er bildet ein geschlossenes Ganzes und es erscheint deßhalb als unzulässig, die verschiedenen Kaufsobjekte auseinander zu reißen und sie hintenher einzeln zu schätzen; es ist bei einem solchen Kaufe denkbar, daß der Minderwerth des einen Kaufsobjekts durch den Mehrwerth des andern kompensirt werden wollte oder bei Bestimmung des Preises einzelner Objekte eine große Vorliebe maßgebend gewesen; jedenfalls liegt es nicht in der Befugniß des Käufers, nach Abschluß eines solchen Kaufes die einzelnen Kaufsobjekte wie hier z. B. das Haus und die Fahrhabe willkürlich zu taxiren, um ein Mißverhältniß zwischen Werth und Preis bezüglich des dritten Bestandtheils — der Grundstücke — zu konstatiren.

Wenn aber eine solche Operation noch denkbar und statthaft wäre, so würde sie sich im Fragefall deßwegen als ganz unthunlich erweisen, weil die Kaufsobjekte sich keineswegs mehr in dem gleichen Zustand vorfinden, wie zur Zeit des Kaufabschlusses, denn verschiedene Gegenstände sind gar nicht mehr vorhanden und andere haben mehr oder

weniger wesentliche Veränderungen durch den Käufer selbst erlitten, so daß es den Sachverständigen absolut unmöglich wäre, eine Abschatzung, wie sie der Kläger vorschlägt, vorzunehmen.

Wäre aber dieser Gesichtspunkt nicht an und für sich zu Verwerfung der Klage schon entscheidend, so kommt ein zweiter ebenso stichhaltiger Grund hinzu, nämlch der der Klageverspätung. Der §. 665 des a. b. G. enthält die Bestimmung, daß die Klage wegen eines Gewährsmangels binnen Jahresfrist von dem Zeitpunkte des Bekanntwerdens dieses Mangels hinweg angehoben werden müsse. Der fragliche Kauf zwischen den Parteien wurde nun am 12. Oktober 1868 geschlossen und am 9. Dezember 1868 gefertiget, die Klage aber am 29. September 1870, folglich nach Ablauf der gesetzlichen Frist von einem Jahr verurkundet. Der Kläger kann auch nicht vorschützen, daß ihm die Thatsache des Gewährsmangels nicht früher bekannt geworden; denn er führt in seiner Klage selbst an, daß er „sehr bald" zur Entdeckung des fehlenden Maßes gelangt sei. Auch ist überhaupt nicht anzunehmen, daß der Käufer von Grundstücken, deren Bewirthschaftung er, wie im vorliegenden Falle, sofort nach dem Kaufe angetreten, einen allfälligen Mangel des versprochenen Maßes während mehr denn Jahresfrist nicht wahrgenommen haben sollte. Unter allen Umständen hätte der Nachweis geleistet oder wenigstens angetragen werden müssen, daß der Kläger erst jetzt, resp. noch während der Verjährungsdauer sichere Kenntniß des Gewährsmangels erhalten habe, was aber nicht geschehen sei. U. v. 25. Juli 1871.

273. Heinrich Marti von Birrhard verkaufte der Gemeinde Birrhard das ihm eigenthümliche Quellwasser aus den Waldungen von Braunegg und Birr, nebst den Zugangsrechten, Fassungen, Leitungen und Brunnen ꝛc. Dafür verpflichtete sich die Gemeinde, dem Verkäufer einen Betrag von Fr. 2850 zu bezahlen und ihm zugleich das Holz auf einer Fläche Gemeindewaldes zu überlassen.

Die Gemeinde führte nun Klage bezüglich des erwähnten Kaufsvertrages und verlangte dessen gerichtliche Aufhebung, indem sie unter anderm geltend machte, daß der Werth der Leistung des Verkäufers nicht einmal die Hälfte dessen betrage, was ihm von der Käuferin versprochen worden.

Dieser Einwendung der Gemeinde Birrhard gegen den Kaufsvertrag wurde aber kein Gewicht beigelegt, da die Einrede der Verletzung über die Hälfte nach §. 682 des a. b. G. nur bei Käufen um Liegenschaften zulässig ist, im Falle aber das Kaufsobjekt nicht in Liegenschaften besteht. U. v. 11. September 1856.

Dritter Abschnitt.

Von dem Bestandvertrage.

§§. 684—690.

274. Johannes Finsterwald, Müller von Lauffohr, schloß mit den Gebrüdern Müller von Stilli am 17. Juli 1854 einen Vertrag ab, wodurch er sich verpflichtete, denselben seine in Lauffohr befindliche Mühle nebst zwei Beimühlen und Zugehörden, eine Matte, ein Stück Holzland und einem halben Garten für einen jährlichen Zins von Fr. 600 a. W. oder Fr. 857. 14 n. W. auf 6 Jahre zur Benutzung zu überlassen. Da Finsterwald vom Vertrage zurückgetreten, resp. sich geweigert, denselben zu erfüllen, hatten ihn die Gebrüder Müller um Leistung von Schadensersatz eingeklagt.

§. 698 des a. b. G. enthält die Bestimmung: „die Entschädigung muß bei einer Pacht wenigstens in dem Betrage eines ganzen und bei der Miethe eines halben Pachtzinses bestehen" — und Johannes Finsterwald machte geltend, daß man es im Falle mit einer Miethe zu thun habe, weil der Vertrag zum größten Theil auf Gebäulichkeiten sich beziehe und war deßhalb vor allem zu untersuchen, ob die fragliche Vereinbarung als ein Pacht- oder aber Miethvertrag aufzufassen sei. Man fand hierüber: §. 684 des a. b. G. schreibe vor: „Der Bestand „heißt Miethe, wenn ein Gebäude, ein Theil eines solchen oder eine „bewegliche Sache — und Pacht, wenn ein Grundstück oder die Aus„übung eines Rechts Gegenstand desselben ist." Prüfe man nun den unterm 17. Juli 1854 unter den Parteien abgeschlossenen Vertrag, so ergebe sich schon im Allgemeinen aus dem Wesen und Zweck desselben, daß die Uebergabe des Mühlegewerbs die vorherrschende Absicht der beiderseitigen Kontrahenten gewesen und daß die Gebäulichkeiten, soweit sie die Eigenschaft als Wohnung trügen, nur als Zubehör zu betrachten seien. Es ergebe sich dies aber auch auf unzweifelhafte Weise aus einzelnen Bestimmungen des Vertrages, welche geradezu nur auf die Voraussetzung des Betriebs des Mühlegewerbs gegründet sein können. Abgesehen daher davon, was in dem abgeschlossenen Bestandvertrage das Ueberwiegende sei, ob Gebäude oder Grundstücke, so bilde den vorherrschenden Gegenstand desselben die Ueberlassung der Ausübung eines Rechts und dieses Merkmal drücke dem Rechtsgeschäft nach der Bestimmung des §. 684 den Charakter des Pachtvertrages auf.

Dieser Betrachtung gemäß wurde dann auch die den Klägern zu entrichtende Entschädigungssumme auf den Betrag eines ganzen Jahres-

zinses, nämlich auf den Betrag von Fr. 600 alter oder Fr. 857. 14 n. W. festgesetzt. U. v. 12. März 1855.

275. Ein Mühlegewerb wurde vom Eigenthümer an A und B verpachtet. Als A seine aus dem Verrage fließenden Rechte und Verbindlichkeiten dem B übertragen, nahm der Verpächter diesem letztern gegenüber, welcher auf Erfüllung des Vertrages klagte, vertheidigungsweise das Recht in Anspruch, vom Vertrage zurückzutreten, welches Recht in der Natur der Sache und in positiven Gesetzesbestimmungen seine Begründung findet. Die Natur des Pachtvertrages bringt es nämlich mit sich, daß es dem Bestandgeber nicht gleichgültig sein kann, wer der Besteher sei. Es bestimmt daher auch §. 685 des a. b. G., daß der Besteher nicht berechtigt sei, die ihm überlassene Sache in Unterbestand zu geben oder überhaupt sein Recht auf einen andern zu übertragen, wenn ihm dies nicht vom Bestandgeber gestattet wird.

Der um Haltung des Vertrages belangte Eigenthümer der Mühle hatte denselben nicht einzig mit dem Kläger B sondern zugleich auch mit A abgeschlossen. Wenn nun ersterer diesen ohne Einwilligung des Verpächters entlassen und dessen Antheil am Vertrage übernommen, so liegt darin eine Verletzung der Vorschrift des angeführten §. 685 des a. b. G., indem die Uebertragung des Rechts des A auf den Kläger als eine theilweise Inunterbestandgabe betrachtet werden muß, soweit es nämlich denjenigen Theil des Mühlegewerbes anbetrifft, im Bezug auf welchen A den Pachtvertrag einging.

Hiernach und nach spezieller Vorschrift des §. 697, 2 ist also Beklagter befugt, vom Vertrage zurückzutreten, immerhin vorausgesetzt, daß derselbe zur Entlassung des A nicht eingewilligt habe.

U. v. 15. Jenner 1864.

276. J. F. glaubte seiner Mutter gegenüber, deren Liegenschaften er während circa 10 Jahren wie ein Pächter benutzt hatte, für Verbesserungen, die er auf denselben vorgenommen haben wollte, eine Forderung geltend machen zu können.

Anlangend nun diese Verbesserungen, welche wesentlich im Abgraben und Verführen von Erde auf den Grundstücken, sowie im Ablesen von Steinen bestanden haben sollen, so stünde ihm allerdings für diese Arbeiten ein Forderungsanspruch zu, wenn die Mutter ihn hiezu beauftragt oder sonst ihre Einwilligung dazu gegeben hätte. Allein weder Auftrag noch Einwilligung von Seite der Mutter sind in der Klage behauptet worden. Das bürgerliche Gesetz gestattet eine Klage auf Ersatz von Verwendungen

nur bei Entwährungen (Evictionen) d. h. da, wo derjenige, welcher eine Sache als gutgläubiger Besitzer inne gehabt (§§. 438 und 443), aus seinem Besitze verdrängt worden ist. Wer hingegen in anderer Weise Verwendungen auf eine fremde Sache vornimmt, kann nur dann deren Ersatz verlangen, wenn seine diesfälligen Handlungen im Sinne des §. 773 des a. b. G. als Geschäftsführung ohne Auftrag erscheinen und er die Handlung somit in dem Sinne vorgenommen, um den Eigenthümer vor einem wahrscheinlichen Schaden zu bewahren. Die behaupteten Verbesserungen, das Abgraben und Wegführen von Erde und Ablesen von Steinen haben aber nicht die Bedeutung, daß dadurch ein drohender Schaden von der Eigenthümerin abgewendet worden wäre.

U. v. 30. Juni 1865.

277. Ein Geschäftsreisender bestellte miethweise für eine bevorstehende Geschäftsreise bei einem Lohnkutscher Pferd und Wagen. Das Pferd war bei der Uebernahme zugestandenermaßen gesund, erkrankte aber während der Reise und mußte nach der Rückkehr in ärztliche Behandlung gegeben werden. Der Vermiether klagte nun gegen den Reisenden resp. dessen Prinzipal auf Schadensersatz. Die Parteien stritten sich nun hauptsächlich darüber, wem eine bezügliche Beweislast zukomme, ob nämlich der Vermiether das Verschulden des Reisenden, oder aber dieser zu beweisen habe, daß die Krankheit des Thieres einem Zufall zuzuschreiben sei.

Bei Beantwortung dieser Frage ging man von folgenden Erwägungen aus: Der Miether des Pferdes oder sein Angestellter sei zum Gebrauche desselben berechtigt, zugleich aber auch verpflichtet gewesen, das Thier so zu gebrauchen, wie dies von Seite eines sorgfältigen Mannes bezüglich seines eigenen Pferdes zu geschehen pflege. Habe er die Grenzen eines ordnungsmäßigen Gebrauchs überschritten, so hafte er auch für den Schaden, der aus dieser Gebrauchsüberschreitung für den Eigenthümer des Pferdes hervorgehe; dafür sprechen allgemein gültige Rechtsgrundsätze, aber auch §. 689 litt. a u. b und §. 811 des a. b. G. Behaupte nun der Beklagte, daß sein Reisender das Thier auf eine naturgemäße Weise, nämlich wie ein sorgfältiger Mann benutzt habe, daß er also die Krankheit nicht verschuldet, sondern daß dieselbe lediglich dem Zufall zugeschrieben werden müsse, so sei es auch seine Aufgabe, diese Behauptung beweislich aufrecht zu stellen. Die Wesenheit eines Miethvertrages als eines bonae fidei-Kontraktes erheische nämlich, daß der Miether dem Vermiether darüber Auskunft gebe, auf welche Art und Weise er das Thier gebraucht, wie der Unfall entstanden und welche Mittel er zu dessen Verhinderung oder Beseitigung angewendet, daß er daher auch,

wenn ein Unfall eingetreten, zu beweisen habe, daß ihm derselbe nicht als Schuld anzurechnen, sondern als reiner ihm nicht zur Last fallender Zufall anzusehen sei.

Eine daherige Beweisführung wurde daher als Aufgabe des Beklagten betrachtet, eine Auffassung, die auch deßwegen sachgemäß ist, weil demjenigen, der das Thier benutzte und unter seiner steten Aufsicht hatte, der Nachweis des Zufalles leichter fallen muß, als dem Eigenthümer der Beweis eines Verschuldens des erstern. U. v. 9. Jenner 1867.

§§. 691–696.

278. Eine Weibsperson, welche bei einem Hauseigenthümer in Kost und Logis getreten und diesem bei ihrem Austritt ein Kostgeld von Fr. 68 schuldig verblieben, verlangte von demselben die Herausgabe ihrer seinerzeit in seine Wohnung gebrachten Fahrhabgegenstände, bezüglich welcher er erklärte, daß er dieselben nur gegen Bezahlung des ihm schuldigen Betrages auszuhändigen verpflichtet sei.

Die Klägerin anerkannte, bei dem Beklagten Kost und Logis erhalten zu haben. Nach §. 691 des a. b. G. hat aber der Beklagte als Vermiether ein Pfandrecht auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe der Mietherin. Wenn im Falle Mieth- und Kostgeldvertrag zusammenfallen und die Forderung des Beklagten aus beiden entstanden, so besteht zu Gunsten desselben gleichwohl das gesetzliche Pfandrecht, zumal der wöchentlich zu zahlende Betrag ungetheilt für Wohnung und Kost bestimmt worden. Das Begehren um Aushändigung dieser Gegenstände würde daher nur dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn die Klägerin vorher Zahlung des schuldigen Betreffnisses geleistet oder doch wenigstens anerboten hätte; eine solche hatte sie aber nicht geleistet, auch nicht anerboten, im Gegentheil dem Beklagten die Zumuthung gemacht, daß er der Forderung wegen den Weg Rechtens betreten möge. U. v. 6. Juni 1864.

279. Von einem Vermiether wurde auf die Fahrhabe des Miethers, nachdem dieser in eine andere Gemeinde gezogen und ohne Einsprache des Erstern seine Fahrhabe mit sich genommen, auf die letztere zu Gunsten der Miethzinsforderung eine Beschlagnahme erwirkt. Der Miether bestritt diese Beschlagnahme, indem er nachzuweisen suchte, daß die aus dem Miethslokale fortgenommene und in eine andere Gemeinde gebrachte Fahrhabe nicht mehr als Miethpfand angesehen und mit Arrest belegt werden könne.

Die Bestreitung der Beschlagnahme ist auch gesetzlich begründet. Der Kläger und Arrestnehmer beruft sich auf die Bestimmung des §. 310

lit. e der P.-O. und behauptet, daß er als Inhaber einer Miethzinsforderung zur Beschlagnahme berechtigt gewesen, weil der Beklagte als Miether nicht nur eine Absicht an den Tag gelegt, die in dem gemietheten Gebäude befindliche Fahrhabe vor Bezahlung des Miethzinses fortzuschaffen, sondern wirklich schon fortgeschafft habe. Allerdings gestattet nun lit. e des §. 310 der P.-O. auf den Fall, als ein Miether oder Pächter die Absicht an den Tag legt, seine in dem gemietheten Gebäude oder gepachteten Gute befindliche Fahrhabe fortzuschaffen, bevor er den Mieth- oder Pachtzins bezahlt, auf diese Fahrhabe eine Beschlagnahme zu erwirken. Diese Gesetzesvorschrift steht aber offenbar im Zusammenhange mit §. 691 des a. b. G., welcher dem Vermiether und Verpächter zur Sicherstellung des Bestandzinses auf die eingebrachte vorfindliche Fahrhabe ein Pfandrecht einräumt. Die Vorschrift der Prozeßordnung giebt nämlich das Mittel an die Hand, die Fahrhabe des Miethers oder Pächters, auf welcher das gesetzliche Pfandrecht entstanden, in dem Pfandnexus zurückzubehalten und sich den materiellen Werth des Rechtes zu sichern. Das Mittel zur Wahrung dieses Pfandrechtes kann aber nur da zur Anwendung kommen, wo das Pfand wirklich zu Recht besteht.

Frägt man nun nach dem diesem Rechte zukommenden Umfange, so kann sich dieser nach dem buchstäblichen Inhalte des §. 691 des a. b. G. nur auf diejenige eingebrachte Fahrhabe des Miethers oder Pächters erstrecken, welche in der gemietheten oder gepachteten Realität sich vorfindet. Auf eine daselbst nicht vorhandene eingebrachte Fahrhabe des Miethers oder Pächters steht somit dem Bestandgeber kein Pfandrecht zu.

Wird dieser durch das Gesetz gerechtfertigte Satz auf den gegebenen Fall angewendet, so tritt dem Richter der Umstand entgegen, daß zur Zeit, als die Beschlagnahme zu Gunsten der in Rede stehenden Miethzinsforderung vorgenommen worden, die mit Arrest belegte Fahrhabe sich nicht mehr im Hause des Vermiethers vorgefunden und hat daher auf der in amtlichen Beschlag genommenen Fahrhabe zu Gunsten des Vermiethers kein Pfandrecht mehr gehaftet, eben weil nach obiger Darstellung dieses Recht nur die im Bestandobjekte vorfindliche Fahrhabe des Miethers oder Pächters umfaßt. Ist aber das fragliche Pfandrecht erloschen gewesen, so hat auch das Mittel zur Wahrung desselben, d. h. die vom Vermiether geltend gemachte Beschlagnahme als gegenstandslos nicht mehr gültig zur Anwendung gelangen können. U. v. 1861.

280. Der Käufer eines Hauses schlug sofort nach erfolgtem Vertragsabschluß und vor der Fertigung in demselben seine Wohnung auf. Vom Verkäufer wurde, gestützt auf die Behauptung, daß der Käufer

sich anschicke, das Haus zu verlassen und die Fahrhabe zu veräußern, das Gesuch um Bewilligung einer provisorischen Verfügung eingereicht in dem Sinne, daß ihm, dem Käufer, die Veräußerung der Fahrhabe gerichtlich untersagt werde. Der Gesuchsteller versuchte die Berechtigung des Auftritts auch durch das Anbringen zu begründen, daß die vom Käufer ins Haus gebrachte Fahrhabe ihm zur Sicherung seiner aus dem Kaufsvertrag erworbenen Rechte auf Entschädigung diene.

In diesem Anbringen liegt nun aber kein Motiv zur Rechtfertigung der provisorischen Verfügung. Das gesetzliche Pfandrecht, welches der Verkäufer an der vom Käufer eingebrachten Fahrhabe in Anspruch nimmt, ist allerdings dem Vermiether und Verpächter von Gebäuden und Grundstücken eingeräumt, nicht aber dem Verkäufer solcher Realitäten. Wohnte der Impetrat auch im Eigenthum des Gesuchstellers, so that er dies nicht mieth- oder pachtweise, sondern auf Grund eines abgeschlossenen, freilich noch nicht gefertigten Kaufsvertrages. Das dem Vermiether und Verpächter eingeräumte gesetzliche Pfandrecht ist eine spezielle Vergünstigung desselben, ein Privileg für aus dem Bestandvertrag herfließende Rechte und darf nicht analog auch auf andere Verträge ausgedehnt werden. U. v. 22. Sept. 1858.

§§. 697—699.

281. Der Verpächter von Liegenschaften hatte den Pächter, welcher hinsichtlich eines verfallenen Jahreszinses im Rückstande gewesen, am 25. Juni 1862 brieflich an die Zahlung gemahnt und nachdem diese Mahnung fruchtlos geblieben, am 8. Oktober 1862 demselben das Pachtverhältniß durch rechtliche Notifikation aufgekündet. Dabei stützte sich der Verpächter auf die Bestimmung des §. 697, Ziffer 3 des a. b. G., wonach der Bestandgeber berechtigt ist, auch vor dem Ablauf der Bestandzeit und ohne an Aufkündungsfristen gebunden zu sein, vom Vertrage sofort abzugehen, wenn der Besteher den verfallenen Zins nicht binnen drei Monaten von erlassener Zahlungsmahnung an entrichtet.

Von Seite des Bestehers, dem gegenüber der Bestandgeber die richterliche Aufhebung des Vertrages anbegehrte, wurde die Behauptung aufgestellt, der an ihn gerichtete Brief vom 25. Juni 1862 könne nicht als eine gehörige und rechtlich wirksame Zahlungsmahnung betrachtet werden, da diese Mahnung vermittelst öffentlicher Autorität stattfinden müsse.

Das Gesetz, welches einfach von einer Zahlungsmahnung spricht, verlangt nun aber nirgends eine auf amtlichem Wege erlassene Zah-

lungsaufforderung, sondern es muß bei diesem Wortlaut des Gesetzes angenommen werden, daß jede dem Pächter in unzweideutiger Weise kund gewordene Mahnung des Verpächters zur Zahlung des verfallenen Zinses genüge, um ihn in Säumniß zu setzen. Die Folgen dieser Säumniß müssen dem Gemahnten aus dem Gesetze bekannt sein, auch wenn sie bei der Mahnung nicht besonders angedroht gewesen wären. Ist nun der Beklagte brieflich an die Entrichtung des Pachtzinses gemahnt worden, so beginnt vom Zeitpunkte dieser Mahnung an die im Gesetze erwähnte dreimonatliche Zahlungsfrist. Hat der Besteher innerhalb dieser Frist nicht Zahlung geleistet, so muß er sich die gesetzlichen Folgen seines Benehmens als selbst verschuldet gefallen lassen, falls er nicht beweisen kann, daß ihm vom Bestandgeber eine weitere Zahlungsfrist bewilligt worden. U. v. 13. August 1863.

282. Im Jahr 1866 gab der Eigenthümer einer Mühle diese letztere sammt inventar. Zubehörde, dann Scheune, Schweinställen und ungefähr 5½ Jucharten Land auf die Dauer von drei Jahren in Bestand, klagte aber schon ein Jahr nachher, mit der Behauptung, daß der Beklagte die Bestandsache nicht auf eine ihrer Natur und dem Vertrag gemäße Art gebrauche, auf Aufhebung des Bestandvertrages; er führte nämlich an:

Im Jahr 1866 habe er auf dem hintern Mahlgang der verpachteten Mühle einen sog. Champagner oder englischen Läufer setzen lassen. Diesen Mahlgang habe nun der Beklagte öfters lang, bisweilen sogar Stunden lang leer laufen lassen, so daß der Läufer unmittelbar auf dem darunter feststehenden Bodenstein sich gerieben und abgeschliffen habe, wodurch er natürlich mehr abgenützt worden, als dies bei gehöriger Behandlung der Fall gewesen wäre. Neben diesem Mahlgang habe der Kläger einen Krahn anbringen lassen, um mittelst desselben den Läufer zum Schärfen abheben und umwenden zu können. Die Beklagten haben aber diesen Krahn beseitigt und den Läufer mit Hebeisen abgehoben, dadurch aber große Lücken an demselben ausgebrochen, so daß der werthvolle Stein mehr geschädigt worden, als dies bei richtiger Benützung des Krahns geschehen wären.

Was nun den Bestandvertrag selbst anbelangt, so lautet Art. 7 desselben, auf welchen sich der Kläger beruft, also: „Der Lehennehmer verpflichtet sich, zu dem ins Lehen Genommenen die bestmögliche Sorge zu tragen und Reparaturen bis auf Fr. 20 selbst zu übernehmen, sowie von Haus und Scheune die Hälfte der Brandsteuer zu bezahlen.“

Aus diesem Vertragspunkte kann offenbar nicht gefolgert werden, daß, falls der Besteher zu dem fragl. Gegenstande, dem Läufer, nicht

die bestmögliche Sorge getragen hätte, der Bestandgeber befugt sei, sofort vom Vertrage zurückzutreten, d. h. den Beklagten zur Räumung der Mühle anzuhalten. Dieser Läufer ist, wenn auch ein wesentlicher Bestandtheil des Mühlewerks, doch nur ein trennbarer Theil des ganzen Bestandobjektes, aus dessen Vernachlässigung nur die rechtliche Folge sich ergeben kann, daß der schuldige Theil dem Beschädigten Schadensersatz zu leisten hat. Der Art. 7 des Bestandvertrages spricht selbst von Reparaturen, welche, wenn sie nur Fr. 20 kosten, von dem Besteher zu tragen sind, so daß, was darüber geht, auf Rechnung des Bestandgebers fällt. Es erhellt daher sowohl aus dem Wortlaut, als auch aus dem natürlichen und rechtlichen Sinn des Vertrages, daß Beschädigungen aus Nachlässigkeit, welche durch Reparatur zu ersetzen möglich sind, nicht zum rechtlichen Grunde der Aufhebung des Vertrages gestempelt werden können.

Vom Standpunkt des Vertrages aus läßt sich sonach das klägersche Begehren nicht rechtfertigen; aber ebenso wenig vom Gesichtspunkte des §. 697. 1 des a. b. G. Wenn das Gesetz hier von der Bestandsache spricht, so versteht es darunter wohl ohne Zweifel das Ganze, den wesentlichen Inbegriff, den Gesammtkomplex des gemietheten oder gepachteten Gegenstandes, nicht aber einen einzelnen Theil desselben, wie etwa hier einen einzelnen Bestandtheil eines Mühlewerks, eine Maschine oder eine derartige Vorrichtung, welche schon vermöge ihrer Konstruktion, ihres Zweckes und des nothwendigen Gebrauches, auch wenn der letztere ganz normal ist, der Abnutzung und der allmäligen Verschlechterung unterliegt. Es kann also nicht angenommen werden, daß durch die behauptete Verschlechterung des Läufers ꝛc. die Bestandsache selbst in ihrer Wesenheit so verändert worden sei, daß sich die sofortige Aufhebung des Vertrages rechtfertigen würde.

Hat der Beklagte wirklich gefehlt und aus Unkenntniß oder aus Nachlässigkeit den Läufer beschädigt und den Krahn nicht zu behandeln verstanden, so ist er hiefür dem Gegner allerdings verantwortlich, dieser aber nicht berechtigt, ihn von Miethe und Pacht, von Haus und Hof, auszuweisen. U. v. 13. März 1868.

283. Am 22. November 1856 verpachtete der Staat Aargau ein Grundstück auf die Dauer von sechs Jahren und zwar um einen jährlichen Zins von Fr. 45, behielt sich aber in dem Vertrage ausdrücklich vor, das Pachtverhältniß jederzeit durch einen allfälligen Verkauf aufzuheben. Als der Staat, von diesem Vorbehalt Gebrauch machend, das fragl. Grundstück am 13. Dez. 1860 verkauft hatte, verlangte der Pächter mit Hinweisung auf §. 698 des

a. b. G. von demselben volle Entschädigung, nämlich die Bezahlung des einem Jahreszins gleichkommenden Betrages von Fr. 45, indem er zwar anerkannte, daß der Staat das Recht der Aufhebung des Vertrages sich vorbehalten, zugleich aber die Ansicht festhielt, daß dem Staate gleichwohl die Entschädigungspflicht obliege, weil die Vertragsurkunde nicht ausdrücklich sage, daß der Verpächter von dieser Pflicht befreit sein solle.

Der diesfällige Anspruch des Pächters entbehrt aber eines stichhaltigen Grundes. Der Verpächter hatte nämlich schon nach Inhalt des Gesetzes das Recht, gegen Leistung von Schadensersatz vom Vertrage zurückzutreten und bedurfte es zur Sicherung dieses Rechtes nicht einer besondern Vertragsbestimmung. Wäre nun die Auffassung des Klägers die richtige, so erschiene die fragl. Vertragsbestimmung als ein leerer Pleonasmus und völlig bedeutungslos. Vertragsmäßigen und nicht an und für sich schon widersprechenden Bedingungen muß aber auch ein vernünftiger Sinn unterstellt werden, der hier aber nicht darin gefunden werden kann, daß der Verpächter sich mit seinem Vorbehalte bloß das ihm schon durch das Gesetz bewilligte Recht habe wahren wollen, denn hiezu wäre, falls er sich der Entschädigungspflicht nicht hätte entschlagen wollen, wie bereits bemerkt, jener Vorbehalt gar nicht nöthig gewesen.

U. v. 20. Oktober 1863.

* In Ansehung der quantitativen Festsetzung der Entschädigung, die infolge widerrechtlicher Aufhebung eines Pachtvertrages über Grundstücke geleistet werden soll, ist Folgendes in Berücksichtigung zu ziehen.

Der Pächter verlangte mit der Behauptung, daß der Verpächter den Vertrag gebrochen, indem er die in Grundstücken bestehenden Pachtobjekte vor Ablauf der Pachtzeit und ohne vorherige Aufkündung weiter in Bestand gegeben, von demselben volle Genugthuung.

Der Kläger hielt dafür, daß die volle Genugthuung in einem ganzen Jahreszins und im Ersatz sämmtlicher Verwendungen auf das Pachtgut bestehe. Allein eine solche doppelte Belastung des Beklagten ist unstatthaft. §. 698 stellt die Bezahlung eines Jahreszinses nicht etwa als Strafe für den Vertragsbruch hin, welche unabhängig von der Leistung des Schadensersatzes erlegt werden muß, sondern wird jener Jahreszins ausdrücklich als Entschädigung, als Aequivalent der Genugthuung bezeichnet und wenn auch das beigesetzte Wörtchen „wenigstens" den Beschädigten berechtigt, eine Entschädigung, die mehr als einen Jahreszins beträgt, zu fordern, so versteht es sich von selbst, daß er in diesem Falle nicht den Jahreszins und die Gesammtentschädigung cumulativ beanspruchen kann, sondern daß der erstere in der letztern aufgeht, oder mit andern Worten, der Verpflichtete bloß einen Jahreszins und dasjenige Betreffniß zu zahlen hat, um welches der Schaden nachgewiesenermaßen den Jahreszins übersteigt.

Im concreten Falle wurde es sonach als unzulässig erklärt, daß der Kläger den einjährigen Zins mit Fr. 87. 57 fordere und dann erst noch

die sämmtlichen auf die Grundstücke gemachten Verwendungen mit Fr. 234. 75 in Rechnung bringe und wurde das letztere nur insoweit als statthaft erklärt, als der Kläger für seine Schadensersatzansprüche nicht schon durch den Jahreszins Deckung findet. U. v. 14. Februar 1871.

284. Heinrich Fehlmann von Mägenwyl trug gegen Bernhard Rohr von daselbst folgende Klage vor: Am 26. Juli 1860 sei zwischen dem Beklagten, Bernhard Rohr, als Verpächter und zwischen dem Kläger und seinem Bruder Rudolf Fehlmann als Pächter über die dem erstern angehörende Brauerei mit Wohnhaus, Umgeländ ꝛc. ein Pachtvertrag auf die Dauer von sechs Jahren abgeschlossen und ein jährlicher Pachtzins von Fr. 400 festgesetzt worden. Art. III des Vertrags enthalte die Bestimmung: den Pächtern bleibt das Recht eingeräumt, drei Monate vor Ablauf der drei ersten Jahre die Pachtobjekte zu verlassen. Gleiches Recht der Aufkündung hat auch der Verpächter gegen gehörige Entschädigung. — Nun habe der beklagte Rohr dem Kläger Heinrich Fehlmann am 27. März 1863 durch den Gemeindeweibel eine Pachtaufkündung zustellen lassen des Inhalts, daß, weil Rudolf Fehlmann den Lehenvertrag über die Bierbrauerei auf 1. Oktober 1863 ihm, dem beklagten B. Rohr, aufgekündet, dieser sich genöthigt sehe, dem Antheilhaber Heinrich Fehlmann denselben auf 1. Oktober 1863 ebenfalls aufzukünden. Zur Geltendmachung des Aufkündungsrechts, das den Pächtern vorbehalten worden, wäre die Zustimmung dieser Beiden nöthig gewesen; der Kläger habe aber bei der Aufkündung nicht mitgewirkt, sei damit auch nicht einverstanden und deßhalb der Beklagte schuldig, ihm eine Entschädigung von Fr. 400, eventuell Fr. 200 zu bezahlen.

Bei Erledigung dieser Rechtssache entsteht nun hauptsächlich die Frage, ob die einseitige Aufkündung des einen Beständers — des Rud. Fehlmann — auch für den andern, den Kläger Heinrich Fehlmann, verbindlich gewesen, beziehungsweise, ob der Beklagte vermöge der Aufkündung des Rudolf Fehlmann berechtigt gewesen, auch dem Heinrich Fehlmann den Vertrag zu künden, ohne ihm diesfalls die gesetzliche Entschädigung anzubieten. Die Entscheidung dieser Frage macht erforderlich, daß der Richter die rechtliche Stellung der beidseitigen Kontrahenten, sowie das Rechtsverhältniß der beiden Bestandnehmer unter sich ins Auge fasse. Die daherigen Beziehungen ergeben sich nun einzig und allein aus dem Pachtvertrage, wonach Rudolf Fehlmann nicht etwa als Firmaführer — wie bei einem Handelsgeschäft — oder als Vertreter des einten Vertragstheils zu betrachten ist, gegentheils die beiden Pächter nur als ein Vertragssubjekt zum Vorschein kommen, demnach

keiner ohne Zustimmung des andern das gemeinsam begründete Vertragsverhältniß auflösen konnte.

Die Aufkündung, die Rud. Fehlmann an den Beklagten ergehen ließ, erschien demnach für den Mitbeständer Heinrich Fehlmann als unverbindlich, weil der Vertrag nur in der Weise, wie er abgeschlossen wurde, auch wieder aufgehoben werden konnte und Rud. Fehlmann einseitig und eigenmächtig, weil ohne Zustimmung des Heinrich Fehlmann, handelte. Es wäre daher der Beklagte zur Annahme der einseitigen Aufkündung nicht verpflichtet gewesen, vielmehr hätte er sie auf so lange von der Hand weisen können, als nicht auch der Mitbeständer Heinrich Fehlmann dazu eingewilligt.

Wenn aber der Beklagte, von seiner Befugniß, die einseitige Aufkündung des R. Fehlmann von der Hand zu weisen, keinen Gebrauch gemacht, so war dieser Umstand, der außerhalb der Einwirkung des Klägers gelegen, nicht vermögend, den Rechten des letztern Abbruch zu thun und war daher der Kläger infolge der Aufkündung des Beklagten berechtigt, von letzterm Schadensersatz zu fordern. §. 698 des a. b. G.

Frägt es sich noch, ob im Falle Pacht oder Miethe vorliege, so treffen beide Verhältnisse zusammen, allein überwiegend ist die Brauerei d. h. das Recht zum Betriebe derselben und daher bezüglich der Festsetzung der Entschädigung der Vertrag als Pacht anzunehmen. §. 698, drittes Lemma.

Dagegen hat der Kläger nur die Hälfte des Betrages, den der jährliche Zins ausmacht, anzusprechen, da ihm das Recht auf den Antheil seines Mitbeständers nicht zusteht. U. v. 16. Februar 1865.

Fünfter Abschnitt.

Von dem Darleihensvertrag.

§§. 706—711.

285. Eine Klage, welche die Zurückerstattung eines angeblich gemachten Darlehens bezweckte, wurde auf eine vom Beklagten ausgestellte Bescheinigung gegründet, welche dahin lautet, daß er vom Kläger, resp. von dessen Rechtsvorgänger den eingeklagten Betrag empfangen habe, mit der Verpflichtung, denselben auf Martini zu 5% zu verzinsen.

Der Beklagte verneinte die fragliche Summe darlehensweise erhalten zu haben, indem er behauptete: Der Rechtsvorgänger des Klägers sei sein Schwager, indem er dessen Schwester zur Frau habe; der Schwager

habe den Eltern Liegenschaften abgekauft und sei er infolge dessen verpflichtet worden, ihm, dem Beklagten, einen Betrag von einigen hundert Franken, als elterliches Erbe seiner Frau zu bezahlen; der Schwager habe nun Abschlagszahlungen geleistet, dagegen er, der Beklagte, sich verbindlich machen müssen, das vom Schwager abbezahlte Betreffniß an den letztern zu verzinsen, weil dieser den noch lebenden Eltern von dem für die Liegenschaften bedungenen Kaufpreis den Zins zu bezahlen verpflichtet gewesen sei; aus diesem Grunde sei die erwähnte Bescheinigung ausgestellt worden.

Frägt es sich nun, ob das behauptete Darlehen als erwiesen zu betrachten sei, so muß dies verneint werden. Vermittelst der Bescheinigung ist lediglich der Geldempfang des Beklagten dargethan; allein es ist der dem Geldempfang zu Grunde gelegte Rechtstitel — das Darlehen — nicht nachgewiesen. Aus dem Umstande, daß die Urkunde den Titel „Schuldschein" trägt und ein Zinsversprechen enthält, darf nicht auf das Vorhandensein des Darleihens geschlossen werden; in diesen Momenten sind eben nur Inzichten für die Existenz eines Darleihens zu erblicken, zumal das Wesen einer Urkunde nicht aus der Ueberschrift, sondern aus dem Inhalte zu folgern ist. Anlangend das Zinsversprechen, so ist die diesfällige beklagtische Erklärung eben so wahrscheinlich als das klägerisch behauptete Darleihen und wird deßhalb durch die vorgelegte Urkunde, da im Civilprozesse nur strikte und erschöpfende Beweise sachentscheidend sind, das auf einem Darleihen beruhende Klagbegehren nicht gerechtfertigt.

Anbelangend die Frage, welchen prozeßualischen Einfluß bezüglich der Beweislast die Vertheidigung des Beklagten habe, so liegt in der letztern, wenn sie dahin geht, daß der Beklagte das Geld nicht als Darleihen, sondern als Abschlagszahlung erhalten habe, offenbar keine Schutzbehauptung, sondern eine Verneinung des Klagfundaments, woraus erhellt, daß nicht dem Beklagten, wohl aber dem Kläger die Beweislast auffalle (§. 129 der P.-O.). U. v. 1. Dezember 1858.

286. Das schriftlich ausgestellte Schuldbekenntniß muß auch ohne Angabe eines besondern Verpflichtungsgrundes zur Rechtsbeständigkeit der Verpflichtung im Grundsatze als hinreichend erachtet werden. Die Ansicht vermag nicht Platz zu greifen, daß es sich bei dem Mangel der Angabe eines Verpflichtungsgrundes um eine bloße Schenkung handle, welche nach dem Gesetze widerruflich sei und weil nicht vollzogen, durch eine einfache Erklärung des Schenkers dahinfalle. Durch den Begriff einer Schuldverpflichtung wird derjenige einer Schenkung

geradezu ausgeschlossen, indem man dasjenige, was man schuldig sein will, nicht schenkt und das, was man schenkt, nicht schuldig sein kann.
U. v. 8. Juni 1864.

287. Zwischen Joh. B. Küng in Gebenstorf und Josef Anton Ursprung im Turgi fand am 10. Mai 1867 über verschiedene Verpflichtungen und Anforderungen eine Ausrechnung statt, wodurch der letztere dem erstern Fr. 478 schuldig geworden, mit Bezug auf welchen Betrag er einen Schuldschein ausstellte, folgenden Inhalts:

„Der Unterzeichnet Anton Josef Ursprung in Turgi ist durch gegen„seidig ausrechnung u. für bar gelenes Geld Fr. 478 Sage: Vier„hundert u. siebezig u. Acht franken Schuldig geblieben dem J. B. „Küng in Reus u. verspricht diesen Betrag nebst 5% Zins zusamen„haft in 4 Wochen bar abzubezahlen."

„Reus den 10. Mai 1867. (sig.) J. A. Ursprung."

Als Küng diesen Schuldschein klagend geltend machte, hielt ihm Ursprung die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegen. In Betreff der Frage, ob diese Einrede begründet sei, fand man: Sehe man sich nach den Bestimmungen um, welche das aarg. b. G. B. über diese Einrede enthalte, so schreibe §. 709 desselben vor, daß, wenn Jemand eine Schuldurkunde für ein Gelddarleihen ausgestellt habe, das ihm nie oder nicht vollkommen ausgeliefert worden, er im erstern Falle die Aushingabe des Darleihens oder der Schuldschrift verlangen, im letztern Falle das zu wenig Erhaltene nachfordern könne; in beiden Fällen dürfe er der Einforderung der Schuld die Einrede des nie oder zu wenig Empfangenen entgegensetzen; in §. 711 sodann werde die Geltendmachung dieser Rechte auf die Dauer eines Jahres von Ausstellung des Schuldscheines an beschränkt.

Halte man die oben wörtlich angeführte Schuldverpflichtung mit diesen Gesetzesbestimmungen zusammen, so könne zwar der Ansicht des l. Bezirksgerichts, daß die Einrede wegen Verspätung verworfen werden müsse, nicht beigepflichtet werden, weil nach §. 711 des b. G. B. die einjährige Verjährung der betreffenden Einrede nicht von der Zeit des angeblichen Empfanges des Geldes, sondern vom Moment der Ausstellung des Schuldscheines an zu laufen beginne. Allein grundsätzlich müsse die Einrede des Nichtempfangenen gegenüber obiger Schuldverpflichtung als unstatthaft erklärt werden. Die Vorschrift des §. 709 sei eine ganz spezielle nur auf Gelddarleihen sich beziehende; die vom Beklagten unterzeichnete Schuldurkunde vom 10. Mai 1867 enthalte aber als Verpflichtungsgrund nicht die Aushingabe eines reinen Darleihens, sondern sie sage, daß die Schuld von Fr. 478 in Folge Ausrechnung

und für baar gegebenes Geld entstanden sei, ohne genauer anzugeben, wie viel das baar dargelehnte Geld betrage. Unter solchen Umständen könne der Richter nicht wissen, auf welchen Betrag sich die vorgeschützte Einrede des Nichtempfangenen beziehe und wenn der Beweis derselben auch gelingen, dagegen der dem Beklagten vom Untergericht gestattete Beweis der nur provisorischen Ausrechnung mißlingen würde, so wüßte man nicht, welcher Theil der eingeklagten Forderung zuzusprechen und welcher abzuweisen sei.

Um die betreffende Einrede als eine erhebliche darzustellen, hätte Beklagter nothwendig angeben sollen, wie viel er in Folge der angeblich provisorischen Ausrechnung schuldig verblieben und wie viel in die Schuldschrift für baares Geld aufgenommen worden.

U. v. 7. August 1868.*

* Bezüglich der Einrede des nichtzug. Geldes siehe auch Nr. 352.

Sechster Abschnitt.

Von dem Verdingungsvertrag.

§§. 712—723.

288. Nachdem die Lieferung eines Werkes stattgefunden, wurde vermittelst der Klage der bedungene Preis eingefordert. Der Beklagte behauptete, das gelieferte Werk sei nicht nach Vertrag ausgeführt und er deßhalb nicht zur Annahme desselben verpflichtet. Diese Vertheidigung suchte der Kläger durch Anführung folgender Thatsachen zu entkräften:

1. Beklagter habe am 28. September 1867 nach Aufstellung des Werkes seine Zufriedenheit damit ausgesprochen und dasselbe also förmlich abgenommen.

2. Eine solche Abnahme liege auch darin, daß der Beklagte von sich aus verschiedene Veränderungen an dem Werke vorgenommen habe.

3. Der Beklagte habe die zur Ausführung dieses Werkes erforderlichen und vom Kläger besorgten Vorbereitungen gutgeheißen und genehmigt und

4. dem Kläger an den Preis Abschlagszahlungen geleistet; er sei daher nicht mehr berechtigt, nachträglich gegen die vertragsmäßige Ausführung des Werkes Einwendungen zu erheben.

Es ergab sich hierüber:

Der Beklagte bestreite theils die thatsächliche Richtigkeit dieser Behauptungen, theils die Zulässigkeit der daraus gezogenen Schlußfolgerungen; es frage sich daher, ob dieselben als erheblich zu betrachten seien.

Was nun vorerst die Behauptungen unter 3 und 4 anbelange, so könne aus diesen Thatsachen die Genehmigung des Werkes nicht mit Sicherheit gefolgert werden. Beklagter sei nicht Techniker und habe also aus den Zeichnungen und Prospekten nicht beurtheilen können, ob, wenn das Werk danach ausgeführt werde, dasselbe dann auch seinem Zweck entspreche. Wenn der Beklagte daher auch die erforderlichen Vorbereitungen genehmigt hätte, so hätte er sich des Einwendungsrechtes gegen die wirklich vertragswidrige Ausführung des Werkes nicht begeben. Ebensowenig könne ein Verzicht auf das Einwendungsrecht aus der Thatsache geleisteter Abschlagszahlungen geschlossen werden, denn solche Zahlungen während der Ausführung des Werkes werden vom Besteller eben in der Hoffnung geleistet, daß das Werk wirklich nach Bestellung werde angefertigt und geliefert werden.

Anders verhalte es sich bezüglich der Behauptungen unter 1 und 2, diese erscheinen als durchaus erheblich. Was nämlich die Behauptung unter 1 betreffe, daß der Beklagte nach Aufstellung des Werkes dem Kläger seine Zufriedenheit darüber ausgesprochen habe, so müsse, wenn sie bewiesen werde, das Werk als übernommen betrachtet und daher dem Klagschluß Folge gegeben werden. Mit Recht habe daher das Bezirksgericht diesen Beweis an die Spitze gestellt.

Die Behauptung sub 2, daß der Beklagte am Werke Veränderungen vorgenommen habe, erscheine ebenfalls als erheblich, indem daraus wiederum auf Annahme des Werkes geschlossen werden müßte.

U. v. 29. Dezember 1868.*

* Aehnlich sprach man sich aus in dem nachfolgenden Entscheide d. d. 28 Juli 1869.

Der Verfertiger einer Hausthüre forderte die Bezahlung des dafür bedungenen Kaufpreises; der Empfänger dagegen, welcher behauptete, daß die Thüre an verschiedenen Mängeln leide, verlangte diesfällige Schadloshaltung, nämlich Herabsetzung des bezeichneten Preises, da ihm der Verfertiger nach Vorschrift des Gesetzes Währschaft zu leisten habe. Der letztere betonte nun vor Allem den Umstand, daß das bestellte Werk vom Beklagten übernommen worden, indem er glaubte, dadurch gegen jede spätere Reklamation gesichert zu sein.

Allein diese Anschauung des Klägers läßt sich gegenüber der in §. 662 des a. b. G. ausgesprochenen allgemeinen Währschaftspflicht nicht rechtfertigen. Wohl hat der Verfertiger des Werkes nach §. 718 l. c. das Recht, von dem Besteller die Abnahme desselben, sowie die Bezahlung des Arbeitslohnes zu verlangen und es hat der Verdingungsvertrag nach §. 721 mit der Uebernahme des Werkes von Seite des Bestellers auch seine Endschaft erreicht. Aber dadurch wird die Gewährleistung, welche in §. 662 vorgesehen ist, nicht ausgeschlossen, wie dies schon aus der Bestimmung des §. 665 hervorgeht, wornach die Klage wegen Gewährsmangels binnen der

Frist eines Jahres von dem Zeitpunkte an, in welchem der Mangel bekannt geworden, anzubringen ist.

Der Kläger vermeinte aber gegen die Reklamation des Beklagten auch aus dem Grunde geschützt zu sein, weil der letztere nach stattgefundener Lieferung der Thüre ihm brieflich Zahlung versprochen habe. Allein dieses Versprechen ist ebensowenig geeignet, den Beklagten seines Rechtes auf Gewährleistung gegenüber dem Kläger verlurstig zu machen, weil letztere sich selbst in dem Falle denken läßt, als der Preis für das bedungene und gelieferte Werk schon bezahlt worden. U. v. 28. Juli 1869.

289. J. K., welcher infolge der Auskündung des Schulden- und Bürgschaftsrufes über seinen verstorbenen Vater eine Forderung von Fr. 4561 angemeldet, versuchte, von seinen Brüdern zur Klage aufgefordert, seinen Anspruch mit dem Anbringen zu rechtfertigen, daß er beim Vater, welcher einen Gerbereigewerb hatte, während mehreren Jahren (709½ Wochen) als Gerbergeselle gearbeitet habe. — Diesem Anspruch, der nicht auf einen bestimmten Titel — einen Vertrag oder ein Versprechen des Vaters — sondern lediglich auf die Thatsache geleisteter Arbeit gestützt wird, steht folgende Betrachtung entgegen.

Zur Zeit, aus welcher der Kläger seine Forderung herleitet, hat sich derselbe mit seinem Vater in gemeinsamer Haushaltung befunden und bei der Besorgung des gemeinschaftlichen Gewerbes gleich den übrigen anwesenden Gliedern der Familie mitgewirkt. An der Spitze der häuslichen und gewerblichen Geschäfte ist der Vater als Haupt der Familie und Eigenthümer des gesammten Heimwesens gestanden, auf seine Rechnung und unter seiner Verantwortlichkeit sind die Glieder der Familie, jedes nach seinem Beruf und nach seinen Kräften, zum Vortheil des Ganzen thätig gewesen. Wenn der Kläger Geschäfte außer dem Hause besorgte, Zahlungen leistete, Auslagen bestritt, so muß gemäß des gemeinsamen Familienlebens angenommen werden, daß er als Glied der Familie im Namen und auf Rechnung des Vaters gehandelt, aber auch von diesem die dazu nöthige Baarschaft erhalten habe. Diese aus der Natur des bestandenen Verhältnisses sich ergebende Vermuthung würde nur durch die Behauptung und den Beweis des Klägers entkräftet, daß er einen Gewerb auf eigene Rechnung betrieben und zu dem Ende ein vom Vermögen des Vaters getrenntes Sondergut besessen habe, welche Behauptung aber der Klage nicht zu Grunde liegt.

Würdigt man gemäß dieser Anschauung die klägerische Forderung eines wöchentlichen Gerberlohns, so läßt sich in Ermanglung eines diesfälligen Vertragsverhältnisses zwischen Vater und Sohn oder auch nur eines einseitigen Versprechens von Seite des erstern ein genügender Rechtsgrund für diese Forderung nicht auffinden. Der Kläger hat im

väterlichen Hause Wohnung, Nahrung, Kleidung, kurz die Befriedigung aller nöthigen Lebensbedürfnisse gefunden, dagegen dem Vater in seinem Gerbereigewerbe mit Rath und That Unterstützung geleistet, gleichwie hinwieder seine Brüder, die Beklagten, ebenfalls ohne Anspruch auf besondere Entschädigung die Besorgung der landwirthschaftlichen Geschäfte unter der Leitung des Vaters übernommen haben. Ein allfälliger Gewinn kam auf Rechnung des Vaters oder der Gesammtfamilie und läßt sich ein Anspruch auf einen bestimmten Wochen- oder Jahreslohn der in verschiedenen Richtungen thätig gewesenen Familienglieder aus dem Verhältniß, in welchem ein jedes von ihnen zur Familie gestanden, von Rechtswegen nicht herleiten. U. v. 15. Juni 1859.

290. Aus der Thatsache, daß N. N., der eine Wirthschaft betrieb, der Schwester seiner Frau Kost und Logis gab, glaubte er, eine Forderung gegen sie ableiten zu können; dagegen behauptete dieselbe, sie habe während des Aufenthaltes bei ihrem Schwager und seiner Ehefrau in der Wirthschaft ausgeholfen und überhaupt im Haushalt mitgewirkt und könne sie jedenfalls diese ihre Dienstleistungen zur Kompensation bringen.

Bei Erledigung dieser Sache ist von folgender Erwägung auszugehen. An und für sich kann in der Stellung, welche die um Entrichtung eines Kostgeldes belangte Frauensperson im Hause und in der Familie ihres Schwagers eingenommen, weder für eine Kostgeldsforderung noch für einen Dienstenlohn ein Verpflichtungsgrund erblickt werden. Bei dem zwischen den Parteien bestehenden Verwandschaftsverhältniß spricht die Vermuthung dafür, es habe von Anfang an die Meinung obgewaltet, daß die Gewährung von Kost und Logis sich gegenüber den Dienstleistungen der in die Familie aufgenommenen Verwandten compensire und daß somit durch die Aufnahme derselben weder nach der einen noch nach der andern Seite hin eine vermögensrechtliche Verpflichtung habe begründet werden wollen.

Allerdings ist dieser Vermuthung gegenüber der Beweis zulässig, daß ein Kostgeld ausdrücklich versprochen worden sei.

U. v. 31. März 1871.

291. Gegenüber der Erbschaft einer Mutter machte einer der Söhne eine Lohnforderung geltend mit der Behauptung, daß er von seinem 20. Jahre an (1848) bis zum Tode der Mutter (1866) die gesammte Haus- und Landwirthschaft (einzig die sog. großen Werke ausgenommen) ohne die geringste Beihülfe von Knecht oder Magd besorgt habe und er deßhalb gegenüber den übrigen Kindern, welche während

dieser ganzen Zeit nicht im elterlichen Hause gewohnt und daher der Mutter nicht behülflich gewesen, einen Jahreslohn anzusprechen berechtigt sei.

Es muß nun von vornherein mit dem Bezirksgericht, das den Anspruch abgewiesen, anerkannt werden, daß ein solches Verhältniß des Sohnes zu seiner Mutter nicht ohne weiteres einen gesetzlichen Anspruch auf Entschädigung des erstern begründe; denn auf der einen Seite genießt der Sohn, der im elterlichen Hause verbleibt, Vortheile, welche den auswärtigen Kindern nicht zukommen, anderseits ist den Eltern die Möglichkeit immerhin gegeben, ein Kind für besondere Dienstleistungen zu bedenken, wenn dies wirklich in ihrem Willen liegt. Allein im vorwürfigen Falle sind die behaupteten konkreten Verhältnisse der Art, daß der Richter nicht jeden Anspruch auf angemessene Entschädigung für den Sohn von vornherein von der Hand weisen kann. Wenn es nämlich wahr ist, daß der Sohn volle 18 Jahre lang sich in der von ihm angegebenen Weise um Haus- und Landwirthschaft verdient gemacht und zwar unter solchen Umständen, daß ohne seine Mithülfe die Haltung eines Knechts, dem ein Jahreslohn hätte bezahlt werden müssen, nöthig gewesen wäre, so übersteigt eine derartige Dienstleistung das gewöhnliche Maß der Sohnespflicht gegenüber der Mutter und es würde sich ebenso sehr gegen die Natur der Sache als die Billigkeit verstoßen, wenn er für diese im Verhältniß zu den andern Kindern gänzlich ungleiche Dienstleistung nicht eine angemessene Entschädigung erhielte.

Es wurde daher auf den Beweis der vom Sohne behaupteten Dienstleistungen abgestellt und für den Fall des Gelingens dieses Beweises es als Aufgabe des Richters erklärt, in Würdigung aller prozedürlichen Verhältnisse das Maß der Entschädigung festzusetzen.

U. v. 25. Februar 1869.

292. Anna Seiler, verehelichte Großmann von Niederwil, welche von ihren Brüdern im Jahr 1852 vom elterlichen Erbe ausgekauft worden, forderte von den letztern einen Dienstbotenlohn von Fr. 220; zur Rechtfertigung ihrer Forderung brachte sie an, daß sie nach stattgefundenem Erbauskaufsvertrag noch längere Zeit, vom April 1852 bis Mai 1854, bei ihren Brüdern, die eine gemeinsame Haushaltung geführt, geblieben und bei denselben den Dienst einer Haushälterin und Magd versehen habe.

Die Brüder traten der Forderung namentlich auch mit dem Einwand entgegen, daß mit der Klägerin *kein Dienstvertrag abgeschlossen und ihr kein Lohn versprochen worden*.

Nach der Auffassung der Behörde konnte aber der Mangel eines Dienstvertrages und eines Lohnversprechens an und für sich noch nicht

vermögend sein, die Klägerin von einem verdienten Lohne zu verschalten. Es darf nicht angenommen werden, daß eine fortgesetzte, mit Aufwand von Zeit und Kräften verbundene, Monate und Jahre dauernde Dienstleistung, zu welcher der Dienstthuende keine Rechtspflicht hat, auf unentgeldliche Weise ausgeübt werde. Da sich ergeben, daß der Ansprecherin ein bedeutender Theil der weiblichen Geschäfte des Haushalts obgelegen, wurde ihr ein Lohn in ermäßigtem Betrage zugesprochen.

U. v. 20. November 1856.

Siebenter Abschnitt.

Von dem Gesellschaftsvertrag.

§§. 724–743.

293. Abraham Ries von Lengnau machte gegen Leopold Oppenheim von da folgende Klage anhängig: Im Frühjahr 1868 habe sich der Beklagte an ihn gewandt mit der Mittheilung, er wisse ein vortheilhaftes Geschäft zu machen; man könne sich von einem gewissen Joh. Laufer von Oerlikon, Kantons Zürich, einen guten Brief erwerben. Beklagter habe damit die Einladung an den Kläger verbunden, den Titel gemeinsam zu Halbpart zu erwerben, womit sich Kläger einverstanden erklärt habe; auch sei noch verabredet worden, daß Beklagter den Laufer zum Kläger bringen solle, man wolle dann zu gleichen Theilen mit ihm abschließen. Ueber die Beschaffenheit des Titels wisse er nur so viel anzugeben, daß der Nominalwerth desselben etwa Fr. 5000 oder Fr. 6000 betrage. Statt nach getroffener Verabredung zu handeln, habe Beklagter das Abtretungsgeschäft entweder für sich allein oder mit einem Dritten abgeschlossen; er, Kläger, verlange aber daran nach getroffener Verabredung, wofür er den gegnerischen Haupteid anrufe, zu participiren und stelle deßhalb folgende rechtliche Begehren: Der Beklagte sei schuldig zu erklären:

1. Den Kläger als Miterwerber des fragl. Titels und zwar als an demselben zur Hälfte betheiligt anzuerkennen;
2. Ueber die Erwerbung und die allfällige Verwerthung des Titels vollständig Rechnung zu legen; sich darüber in vollem Umfange zu offenbaren und seine Offenbarungen auf Verlangen eidlich zu bekräftigen;
3. Dem Kläger, im Falle geschehener Liquidation des Titels, die Hälfte des Gewinns auszubezahlen.

Bezüglich dieser Klage wurde befunden: Das Begehren des Klägers beruhe auf der Voraussetzung, daß mit dem Beweise der in der Klage aufgestellten Behauptungen der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages konstatirt werde; allein diese Voraussetzung sei eine unrichtige. Nach §. 724 des a. b. G. sei allerdings dann ein Gesellschaftsvertrag vorhanden, wenn mehrere sich zu einem gemeinschaftlichen Zwecke vereinigen; dieser gemeinschaftliche Zweck könne auf Gemeinschaft des ganzen Vermögens oder allen künftigen Erwerbs, oder auch nur auf gemeinsame Abwicklung eines bestimmten Geschäftes gehen. Wo es sich, wie in concreto, um die letztere Art eines Gesellschaftsvertrages handle, da sei auch zur Existenz des Vertrages nothwendig, daß das gemeinsam zu betreibende Geschäft genau unter den Kontrahenten bestimmt werde; dieses sei aber im vorliegenden Fall nach den Angaben der Klage nicht der Fall gewesen, sondern man habe sich nur im Allgemeinen über Acquisition eines dem Betrag nach unbekannten Titels besprochen. Nach Darstellung der Klage selbst sei nicht einmal als sicher anzunehmen, daß der Titel überhaupt durch die angeblichen Gesellschafter habe erworben werden können, weil Beklagter ja versprochen haben solle, den Besitzer zum Kläger zu bringen, um mit ihm über Abtretung zu unterhandeln.

Wenn daher auch alle klägerischen Behauptungen durch Beweis als wahr erstellt werden könnten, so wäre damit der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen Kläger und Beklagtem nicht konstatirt und ein Klagrecht des Erstern gegen Letztern nicht gerechtfertigt, weßhalb die Klage als unbegründet zu verwerfen sei. U. v. 24. Sept. 1869.

294. Zur Begründung einer Forderung brachte der Kläger an: Er und der Beklagte haben sich im Jahr 1867 zur Betreibung der Fabrikation von Glanzfaden zu einer Gesellschaft vereinigt. Kläger habe die Skripturen, der Beklagte das Technische des Geschäfts und das Färben der Stoffe — letzteres gegen besondere Vergütung — übernommen; Gewinn und Verlurst sollten zu gleichen Theilen fallen. Nachdem in Folge der Auflösung dieses Fabrikationsgeschäfts im Jahr 1868 die Gesellschaft ihr Ende erreicht habe, stelle der Kläger seine Anforderungen aus dem Gesellschaftsverhältniß am Beklagten — nach dessen eigenem Geschäftsbuch — zusammen, bringe von denselben die anerkannten Guthaben des Beklagten in Abrechnung und gelange auf diese Weise zu dem Schlusse, daß ihm vom Beklagten ein Rechnungssaldo von Fr. 2159. 25 nebst Zins herausgebühre, den er nun klagend geltend mache.

Der Beklagte entgegnete: Er verneine, sich in einem Gesellschaftsverhältniß zum Kläger befunden zu haben, er behaupte aber, daß er

während wenigstens 5 Monaten das klägerische Geschäft als Geschäftsführer zum größten Theil besorgt, die Fabrikation beaufsichtigt, die nöthigen Anschaffungen gemacht, die Arbeiter bezahlt, die Waaren fakturirt und versendet, überhaupt das Geschäft in Bezug auf seinen technischen Theil besorgt habe. Er bemängle daher die vom Kläger aufgestellte Berechnung nach verschiedenen Richtungen, bestreite aber in erster Linie den vom Kläger betretenen Weg der Klagführung als einen unrichtigen und verfehlten und verlange daher die Abweisung der Klage definitiv oder angebrachter Maßen, so weit sie mehr fordere, als den anerkannten Betrag von Fr. 154. 58.

Mit Grund machte der Beklagte in erster Linie auf die unrichtige Klagführung aufmerksam.

Vom Standpunkt der Klage aus, welche ein zwischen den Parteien bestandenes Gesellschaftsverhältniß behauptet, hätte die Liquidation des Geschäftes vor Allem aus die Aufstellung eines Status der Aktiven und Passiven der Gesellschaft erfordert, zu welch' letztern auch die Einschlüsse und Leistungen eines jeden Gesellschafters für das gemeinschaftliche Geschäft gehört hätten; dieses Verfahren hätte dann eine Abrechnung zwischen Aktiven und Passiven zur Folge gehabt und wenn sich ein Ueberschuß der einen oder andern Art erzeigt hätte, so wäre derselbe nach Verhältniß unter die Gesellschafter zu theilen gewesen. Die Klage befaßt sich nun aber lediglich mit dem Verkehr des einen Gesellschafters, des Beklagten, geht über denjenigen des andern Theilhabers, des Klägers, mit Stillschweigen hinweg und stellt sich im Widerspruch mit ihren eigenen Behauptungen auf den Standpunkt, als ob der Kläger Herr und Eigenthümer des Geschäfts, der Beklagte aber nicht Gesellschafter, sondern Angestellter desselben gewesen wäre, der seinem Prinzipal über Einnehmen und Ausgeben Rechnung zu stellen habe, ohne an den Errungenschaften des Geschäfts irgend einen Antheil zu erhalten.

Diese Art und Weise der Klagführung widerstreitet durchaus den Bestimmungen des Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag (vgl. insbesondere §§. 725, 732 und 734 des a. b. G.) und ist — falls wirklich unter den Parteien eine Gesellschaft bestanden — total ungeeignet, das zwischen denselben bestehende Rechnungsverhältniß in einer beide Theile in ihren Rechten schützenden Weise auseinander zu setzen. — Das Obergericht, von dem Bestreben geleitet, einen zweiten Prozeß zu vermeiden, trat auf das umfangreiche Material selbst ein und versuchte, das Anerkannte von dem Bestrittenen auszuscheiden und ein Beweiserkenntniß zu entwerfen, welches zu einer gerechten Feststellung der gegenseitigen Anforderungen und Verpflichtungen hätte führen können. Allein dieser Versuch scheiterte an dem Umstand, daß die Klage wohl vom

Standpunkt einer Gesellschaft ausgehe, dagegen aber mit keinem Wort von dem Soll und Haben der Gesellschaft als solcher selbst spreche und der Kläger den Anspruch des Beklagten auf die Hälfte der Aktiven und seine eigene Pflicht zu Tragung der Hälfte der Passiven völlig ignorire. Auf Grund dieser Klage war es daher unmöglich, ein richtiges Resultat zu erzielen und blieb daher nichts anderes übrig, als dieselbe mit dem Bezirksgericht, so wie sie angebracht worden, zurückzuweisen.

U. v. 9. November 1871.

295. Jakob Erismann und J. Sigfried Rohner gründeten im Anfang des Jahres 1867 zum Betriebe eines kleinen Fabrikationsgeschäftes eine Gesellschaft, die nach Inhalt des Gesellschaftsregisters von Säckingen am 29. Jänner begonnen haben soll.

Schon am 9. Jenner 1867 erhob die fragliche Firma ein Darlehen von Fr. 400 und als der eine Gesellschafter, Erismann, im Sommer 1867 in den Geldstag gerathen, in dem das fragl. Darlehen verloren ging, wurde der andere, Sigfried Rohrer, um Bezahlung der Schuld angegangen, der sich aber mit dem Einwand zu vertheidigen versuchte, daß er zur Zeit der Aufnahme des Kapitals noch minderjährig gewesen und die Gesellschaft am 9. Jenner 1867 noch gar nicht bestanden habe.

Der Vater des Sigfried Rohrer ertheilte jedoch am 14. Februar 1867 dem letztern urkundlich die „Vollmacht zur Führung des Geschäftes in Säckingen" und hierin muß eine Emanzipation des Sohnes im Sinne des §. 211 des a. b. G. erblickt werden und ist derselbe zahlungspflichtig, wenn der Kläger die Behauptung, daß die Gesellschaft schon am 9. Jenner 1867 bestanden, zu beweisen vermag; dieser Beweis ist nämlich gegenüber dem Gesellschaftsregister von Säckingen nicht als direkter Gegenbeweis anzusehen. U. v. 26. August 1869.

296. Eine Handelsgesellschaft errichtete, so wird behauptet, mit einem der Gesellschafter einen Vertrag, wodurch dieselbe diesem für Geschäftsbesorgung eine jährliche Besoldung von Fr. 2000 zusicherte. Der Geschäftsführer, dem niemals eine Besoldung ausbezahlt worden, trat dieselbe für eine Reihe von Jahren im Gesammtbetrage von Fr. 35,000 an Herrn G. ab. Bald hierauf gerieth die fragl. Handelsgesellschaft in den Konkurs, in welchem der Cessionar den soeben erwähnten Betrag anmeldete. Als dann der Geldstagsrichter die Ansprache der Fr. 35,000 in die sechste Klasse (die der laufenden) aufgenommen, wurde von mehrern Gläubigern deren Ausweisung aus der Konkursmasse anbegehrt.

Das Bezirksgericht hatte, die Forderung grundsätzlich als zulässig erachtend, dieses Begehren verworfen, das Obergericht dagegen den erhobenen Einspruch als gerechtfertigt erklärt und die Ansprache aus der Konkursmasse ausgewiesen. Die Betrachtung, durch welche diese Behörde sich dabei leiten ließ, ist folgende:

Angenommen, der oben berührte Besoldungsvertrag sei ordnungsgemäß zu Stande gekommen und es bestehe wirklich ein Guthaben des mit der Geschäftsführung betraut gewesenen Gesellschafters im Betrage von Fr. 35,000, so ist allvörderst zu untersuchen, welche rechtliche Stellung der Ansprecher damit in seinem eigenen Geldstag einzunehmen habe. Aus vom Cessionär selbst zu den Akten gebrachten Urkunden geht hervor, daß der Abtreter Associé der fallit gewordenen Gesellschaft gewesen. Besitzt aber der Gesellschafter an der Gesellschaft ein Guthaben, das er noch nicht bezogen, so muß dasselbe nach allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen und nach speziellen Vorschriften unseres Gesetzes als Einschuß in das Gesellschaftsgut betrachtet und behandelt werden und haftet mit dem Gesellschaftsgut in erster Linie den Gläubigern der Gesellschaft für deren Schulden. Wenn dann §. 734 des a. b. G. vorschreibt: „Die Glieder der Gesellschaft haften für die Schulden derselben, wenn das Gut der Gesellschaft nicht ausreicht, gemeinsam mit ihrem Vermögen" — so folgt mit rechtlicher Nothwendigkeit, daß so bald das Gesellschaftsgut nicht mehr ausreicht, um die Gläubiger zu befriedigen und daher das Vermögen der einzelnen Gesellschafter in Anspruch genommen werden muß, offenbar jedes besondere Guthaben der Gesellschafter (wozu auch die Forderung für geleistete Einschüsse irgend welcher Art gehören), allen Forderungen dritter Gläubiger zurückstehen müssen. Erst wenn die Gläubiger befriedigt sind, könnte unter den Gesellschaftern selbst die Frage zur Sprache kommen, ob der eine von ihnen an dem gemeinsam zu tragenden Verlurst mehr beigetragen als der andere und ob ihm nach Verhältniß seines Guthabens an der Gesellschaft der Verlurst von den andern Gesellschaftern zu decken sei. So lange aber die dritten Gläubiger der Gesellschaft nicht befriedigt sind, hat eine Forderung des Gesellschafters an der Gesellschaft keine gleichberechtigte Existenz, eben weil die Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen den Gläubigern der Gesellschaft für die Schulden derselben haftbar sind. Hätte ein Gesellschafter ein Guthaben nicht an der Gesellschaft, sondern an einem Dritten, so würde offenbar dieses Guthaben im Konkurs zu Gunsten der Konkursmasse unter die Aktiven aufzunehmen sein und Niemand würde dem Geldstager das Recht zugestehen, dieses Guthaben selbstständig zu seinen Gunsten neben andern Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen; ebenso wenig könnte es an-

gehen, daß der Gesellschafter für ein Guthaben an der Gesellschaft selbst in gleicher Linie mit den Gesellschaftsgläubigern Befriedigung suche.

Muß somit der Cedent selbst mit seiner Ansprache ohne anders aus dem Geldstag ausgewiesen werden, so frägt es sich nur noch, ob das Gleiche stattzufinden habe, wenn, wie hier, die Forderung einem Dritten vor Ausbruch des Geldstages bereits abgetreten worden. Diese Frage ist ohne Zweifel zu bejahen. Einmal nämlich vermag eine Abtretung die rechtliche Natur des ursprünglichen Forderungsverhältnisses nicht zu ändern, sodann widerspricht es dem Gesellschaftsverhältniß durchaus, daß ein Gesellschafter über seine Einschüsse in die Gesellschaft (als welche die fragl. Forderung zu behandeln ist) einseitig und ohne vorherige Abrechnung mit den Mitgesellschaftern zum Nachtheil der Gesellschaftsgläubiger verfüge, zumal zu einer Zeit, wo zwar der Konkurs noch nicht ausgebrochen, aber immerhin ein aktives Gesellschaftsgut gar nicht vorhanden gewesen.

Wäre hierüber aber auch noch eine andere Anschauung möglich und rechtlich begründet, so müßte dann folgende Betrachtung den Ausschlag geben. Die Urkunde, auf welche gestützt der Cessionär die fragliche Forderung geltend macht, nennt sich zwar in ihrer Ueberschrift und in ihrem Context Cessionsakt. Dem Inhalte nach enthält aber das Aktenstück einen Auftrag des Gesellschafters an den sog. Cessionar, sein Guthaben aus der Masse zu erheben und damit verschiedene Kapitalposten im Betrag von Fr. 21991. 43 zu tilgen. Abgesehen nun davon, daß ein Mandatsverhältniß durch den Ausbruch des Geldstages erlischt, so widerstrebt es bestimmten Vorschriften unseres Gesetzes, daß ein Geldstager auf die eine oder andere Weise das geldstagliche Vermögen oder einen Theil desselben dazu verwende, um einzelne Kapitalposten zu zahlen, resp. einzelne Gläubiger auf Kosten der andern zu befriedigen. Der Geldstagsrichter allein hat die Aufgabe, das Massagut zu vertheilen und jede Machenschaft, wodurch diese geldstagliche Vertheilung umgangen und zu Gunsten einzelner Gläubiger ein Vermögenswerth der Masse entzogen werden will, ist ungültig und kann vor dem Gesetz nicht bestehen. U. v. 6. Oktober 1868.

297. Im Konkurse des in Kaiseraugst verstorbenen Hammerschmieds Jos. Füchter hatte Karl Hoff von Basel Klage erhoben, die die gerichtliche Liquiderklärung und gesetzliche Kollokation einer Anforderung von Fr. 13055 zum Zwecke hatte, welche Summe der Kläger als gewesener Kommanditär des Konkursiten laut Gesellschaftsvertrag vom 2. April 1855 demselben nach und nach überlassen haben wollte.

Die Beklagten traten der Klage wesentlich mit der Einrede ent-

gegen, daß der erwähnte Gesellschaftsvertrag auf Täuschung beruhe und insofern ein Scheingeschäft sei, als die darin enthaltene Bezeichnung des K. Hoff als Kommanditär unrichtig und der Kläger ein ordentliches Mitglied der Gesellschaft, ein wirklicher Associé der aus ihm nnd dem Geldstager allein bestandenen Firma „Füchter und Komp." und keineswegs bloß Kommanditär gewesen sei und bemerkten zugleich, daß dem Kläger auch in der Eigenschaft als Kommanditär kein Forderungsrecht von der Masse des Füchter zustehe, er vielmehr mit dem eingeschossenen Vermögen für die Schulden der faktisch und rechtlich aufgelösten Gesellschaft einzustehen habe.

Bei rechtlicher Würdigung dieser Verhältnisse ergiebt sich nun: §. 734 des a. b. G. schreibt vor: „Die Glieder der Gesellschaft haften für die Schulden derselben, wenn das Gut der Gesellschaft nicht ausreicht, gemeinsam mit ihrem Vermögen" und §. 735 lautet: „Wer einer Gesellschaft Geld oder andere Sachen auf Gewinn und Verlust überlassen, sich aber nicht als ordentliches Mitglied der Gesellschaft angekündigt hat, haftet nur mit dem Eingeschossenen." Ist nun der Kläger ordentliches Mitglied der Gesellschaft gewesen, so findet §. 734 auf sein Verhältniß Anwendung, ist er bloß als Kommanditär zu betrachten, so erscheint §. 735 zutreffend; im erstern Falle hat er mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden der Gesellschaft zu haften, im letztern Falle nur mit dem Eingeschossenen, mit dem auf Gewinn und Verlust der Gesellschaft Anvertrauten. Es ist deßhalb von keinem praktischen Nutzen, die Frage zu erörtern, ob der Kläger ordentlicher Gesellschafter, oder nur Kommanditär gewesen, denn im einen wie im andern Falle sind die Einschüsse desselben offenbar Gesellschaftsgut nnd müssen im Konkurse des Gesellschafters Füchter als Vermögen betrachtet werden, welches nach §. 735 für die Schulden des letztern haftbar ist.

Sollte sich bei Erledigung des Füchterschen Geldstags nach Bezahlung aller Schulden noch ein Vorschuß an Vermögen ergeben, so würde ein solcher allerdings — insoweit er den Einschüssen des Klägers zu verdanken wäre — ihm ebenfalls zu statten kommen; den Massagläubigern gegenüber aber ist Hoff nicht befugt, Klage zu führen und seine Einschüsse zur Liquidation zu bringen, da er diesen gegenüber nichts zu fordern, nichts zu liquidiren hat, sie vielmehr das Recht haben, aus seinen Einschüssen sich für ihre Anforderungen an dem Gesellschafter Füchter bezahlt zu machen. Das Klagbegehren ist daher nicht gerechtfertigt. U. v. 2. September 1858.

298. Zum Betriebe eines Geschäftes wurde eine Gesellschaft gegründet. Nachdem die Gesellschaft, welche von zwei Mitgliedern gebildet

wurde, einige Zeit bestanden, fiel das eine dieser Mitglieder in den Geldstag. Die Konkursbehörde beabsichtigte nun das in Fahrhabe und Liegenschaften bestehende gesellschaftliche Vermögen nach Mitgabe des §. 31 der Geldstagsordnung in das Geldstagsinventar aufzunehmen. Das andere Mitglied widersetzte sich der geldstaglichen Inventarisirung des gemeinsamen Vermögens, indem es darauf hinwies, daß nach der Bestimmung des §. 736 des a. b. G. die Gesellschaft, wenn über ein Mitglied der Geldstag ausbricht, der Konkursbehörde lediglich Rechnung zu stellen und ein Guthaben des fallit gewordenen Mitgliedes an diese Behörde herauszugeben habe.

Es war daher zu untersuchen: Ob, wenn ein Gesellschaftsmitglied in den Konkurs geräth, dann das gesellschaftliche Vermögen im Sinne des §. 31 der Konkursordnung vom Geldstagsrichter zu inventarisiren sei oder nicht.

Wenn man von dem Gesellschaftsvertrage, welcher selbstverständlich in jedem einzelnen Falle nach seinem Inhalte zu würdigen ist, absieht, und lediglich die maßgebenden Vorschriften des Gesetzes ins Auge faßt, so ergiebt sich Folgendes:

Erwägt man die Bestimmungen der §. 738 bis und mit 742 des a. b. G., so läßt sich aus denselben ein Anspruch der Konkursbehörde auf das gesellschaftliche Gut als ein Ganzes, oder was gleichbedeutend ist, ein Recht auf Theilung desselben aus Grund des eingetretenen Geldstages eines Mitgliedes nicht herleiten, so lange die übrigen Mitglieder die Gesellschaft zu erhalten und zu vertreten verlangen. Wohl stünde diesen das Recht der Aufkündung und das Recht des Ausschlusses des zur Vertragserfüllung unfähig gewordenen Mitgliedes unter den gesetzlichen Bedingungen zu. Aus der Bestimmung des §. 737 des a. b. G., welche also laute: „Der Geldstag eines Mitgliedes stellt die Geschäfte nicht ein" — ergiebt sich aber unzweifelhaft, daß der Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft und die körperliche Theilung des Gutes derselben nicht nach sich zieht, sondern daß die Absicht des Gesetzes überhaupt dahin geht, den Fortbestand einer auf die Dauer berechneten Gesellschaft als selbstständiger Persönlichkeit, so lange diese den Willen und die Kraft zum Fortbestande und zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft hat, auch dann zu sichern, wenn ein Mitglied aus irgend einem Grunde hinweg fällt. Die der Gesellschaft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen müssen also im ungetheilten Besitz und Eigenthum der, wenn auch nur noch in einer Person vertretenen Gesellschaft bleiben. Dagegen kommt bezüglich des in Geldstag gefallenen Mitgliedes die Bestimmung des §. 736 des a. b. G. zur Anwendung, des Inhaltes: „Wird über ein Mitglied der

Gesellschaft der Geldstag erkennt, so hat die Gesellschaft unter Mitwirkung der Geldstagsbehörde Rechnung zu stellen und ein Guthaben des Mitgliedes an die Behörde herauszugeben; bleibt hingegen das Mitglied der Gesellschaft etwas schuldig, so kann diese ihre Anforderung im Geldstage geltend machen." Diese gesetzliche Bestimmung kann wohl keinen andern Sinn haben, als daß die übrigen Mitglieder der Gesellschaft im ungetheilten Besitz und Eigenthum aller Objekte derselben zu verbleiben berechtigt und im Gegensatze der Bestimmungen von der gewöhnlichen Gemeinschaft und von der Theilung gemeinen Gutes (§§. 466 und 467 des a. b. G.) nur schuldig sind, das Guthaben des in Geldstag gefallenen Mitgliedes herauszugeben, welches Guthaben nach dem Gesetze (§. 732) in den Einschlüssen desselben und in einem sich allfällig herausstellenden weitern Vermögen (Gewinn) besteht.

Die Ausdehnung des Geldstages auf das Geschäft der Gesellschaft und die den Betrieb desselben bedingenden Objekte würde aber nicht nur die körperliche Theilung, sondern auch die Auflösungder Gesellschaft und die Liquidation des ganzen Geschäftes zur Folge haben, was nicht stattfinden könnte, ohne mit der angeführten Bestimmung des §. 736 in offenbaren Widerspruch zu fallen. Einem Mitgliede steht aber die Befugniß zu, beim vertrags- oder gesetzmäßigen Austritt aus der Gesellschaft seinen Antheil am Gewinn (§. 732 des a. b. G.) und überhaupt sein Guthaben herauszufordern. Zum Zwecke der Ermittlung dieses Guthabens ist der bisherige Gesellschafter berechtigt, ein Inventar über das Gesellschaftsvermögen zu verlangen und bei dessen Errichtung mitzuwirken. Das gleiche Recht ist aber auch dem Rechtsnachfolger eines Mitgliedes, im Falle dem Konkursrichter, eingeräumt.

Auch der §. 736 des a. b. G. giebt der Geldstagsbehörde das Recht der Mitwirkung. Diese besteht nun aber darin, daß die Konkursbehörde die Inventarisation verlange und zugleich dabei thätig sei. Im Interesse des in den Geldstag gerathenen Gesellschafters, seiner Masse und seiner Gläubiger liegt es auch, daß dieses Inventar über das Gesellschaftsvermögen sofort aufgenommen und die Ermittlung seines Guthabens nicht einseitig der Rechnungsstellung der Gesellschaft überlassen werde, indem eben das Inventar die Grundlage der Ausmittlung bildet und Zeit und Ort der Inventarisation Einfluß auf das Ergebniß der Rechnung ausübt.

Schon als Rechtsnachfolgerin oder Vertreterin des Geldstagers ist also die Geldstagsmasse, resp. Geldstagsbehörde berechtigt, Inventarisirung des Gesellschaftsvermögens zu verlangen und dabei als Betheiligte mitzuwirken. — Im angedeuteten Sinne hat sonach die Inventur

des gesellschaftlichen Vermögens von Seite des Konkursrichters stattzufinden. U. v. 5. April 1861.

Achter Abschnitt.

Von der Schenkung.

§§. 744—751.

299. Das rechtliche Geschäft, durch welches Jemand sich verpflichtet, eine Sache einem Andern unentgeldlich zu überlassen, heißt ein Schenkungsvertrag §. 744 des a. b. G. — Vgl. No. 49 und 303.

300. Simon Heinrich Meier, Kapuziner, gebürtig von Bettwil, welcher viele Jahre lang als Geistlicher die Pfarrpfründe Untervatz, Kantons Graubündten, versehen, starb im Jahre 1862 und hinterließ ein reines Vermögen von Fr. 5429. 29, welches dem l. Bezirsgericht Muri zu Handen des Peter Stierli, Ehemann der Anna Maria Stierli geb. Brunner, der Mutter des Simon Heinrich Meier, ausgefolgt worden. Als Peter Stierli dieses Erbe den Kindern und Großkindern seiner Ehefrau abgetreten und dieselben zur Theilung schreiten wollten, trat Josef Furrer von Kallern mit einer Klage gegen sie auf, worin er nachzuweisen versuchte, daß Konrad Meier von Bettwil durch einen von Simon Heinrich Meier am 30. Juli 1857 ausgestellten Schenkungsakt Eigenthümer seines sämmtlichen Vermögens geworden, daß der Anspruch auf dieses Vermögen laut Abtretung vom 18. September 1861 auf ihn, den Kläger, übergegangen sei und somit den Beklagten, resp. ihrem Rechtsvorfahr kein Recht auf die Hinterlassenschaft des Kapuziners Simon Heinrich Meier zustehe.

Ueber dieses Klaganbringen wurde befunden: Simon Heinrich Meier sei aarg. Kantonsbürger gewesen, woraus folge, daß derselbe bezüglich der persönlichen Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschließen, an die Vorschriften der aarg. Gesetzgebung gebunden gewesen wäre, auch wenn er den Schenkungsvertrag außer dem Kanton abgeschlossen hätte. (§. 8 des a. b. G.) Nun sei aber der fragliche Vertrag in Muri errichtet worden, und daher auch bezüglich der Form das aarg. Gesetz maßgebend (§. 10 des a. b. G.). §. 745 des a. b. G. setze nun fest: daß der Schenker nur über so viel verfügen könne, als er durch letzte Willensverordnung zu vergaben berechtigt sei und §. 912 bestimme, daß derjenige, welcher Erben der ersten oder zweiten Klasse hinterlasse, durch letzte Willens=

verordnung nicht über mehr als den dritten Theil seiner Verlassenschaft verfügen könne. Simon Heinrich Meier habe bei seinem Tode als Erben der zweiten Klasse seine Mutter Anna Maria Stierli hinterlassen und sei folglich nicht berechtigt gewesen, seine ganze Verlassenschaft zu verschenken; denn weder der Umstand, daß er sein Vermögen angeblich von seinem Bruder Konrad Meier erhalten noch sein Eintritt in den Kapuzinerorden könne die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung ausschließen; einmal nämlich sei es gleichgültig, durch welche Vermittlung er zu Vermögen gekommen und was allfällige Ordensregeln über Erbfälle anbelange, so seien nicht diese, sondern die gesetzlichen Vorschriften maßgebend.

Schon in materieller Beziehung leide also der fragliche Schenkungsvertrag an dem Gebrechen, daß der Schenker Simon Heinrich Meier seine Befugniß überschritten und daß daher zufolge §. 746 des a. b. G. die zu Gunsten des Konrad Meier getroffene Verfügung auf den dritten Theil der Hinterlassenschaft beschränkt werden müßte.

Allein die Beklagten greifen den Vertrag auch in formeller Beziehung an und behaupten, seinem Wesen nach enthalte er eine Schenkung auf den Todesfall hin und hätte er daher mit den gleichen Förmlichkeiten versehen werden sollen, wie eine letzte Willensverordnung.

Die Vertragschließenden benennen das Geschäft ausdrücklich als einen Schenkungsvertrag unter Lebenden, der durch sofortige Uebergabe der geschenkten Sachen vollzogen worden sei und bestimmen, daß weder §. 749 noch §. 750 des a. b. G. gegen denselben je geltend gemacht werden sollen. Der im letzten Satz ausgesprochene allgemeine Verzicht, resp. das darin liegende Verbot könne und dürfe aber den Richter nicht hindern, auf die Frage einzutreten, ob nicht seinem Wesen nach der Vertrag eine Schenkung auf den Todesfall enthalte; denn so wenig als bei einem Testamente die Klausel, es dürfe dasselbe nicht angefochten werden, für die Erben bindend wäre, ebenso wenig könne ein solches in einem Schenkungsvertrag aufgenommenes Verbot die Notherben von ihrem Recht verschalten. — Frage es sich daher, ob durch den Vertrag vom 30. Juli 1857 eine Schenkung von Todeswegen stipulirt worden, so müsse dieses bejaht werden.

Vom Kläger selbst wurde zugegeben, daß Peter Simon Heinrich Meier bei seinem Tode noch im Besitze der betreffenden Schuldtitel gewesen sei, auch habe er nirgends behauptet, daß von der angeblichen Schenkung an Konrad Meier den Schuldnern irgend welche Anzeige gemacht worden. Aus der Bescheinigung der Sparkasse von Chur d. d. 27. Dezember 1861 ergebe sich auch, daß Simon Heinrich Meier selbst sein Guthaben aufgekündet, woraus geschlossen werden müsse, daß ihm

die diesfällige Forderung damals noch unbedingt zugestanden und er frei darüber habe verfügen können. Dieses unbeschränkte Verfügungsrecht, welches erst durch die Inkenntnißsetzung der Schuldner von der gemachten Schenkung aufgehoben worden wäre, stimme nicht zusammen mit der Bemerkung der Vertragschließenden, daß einige Vermögensobjekte nach stattgehabter Uebergabe dem Schenker zum einstweiligen Gebrauch wieder zurückgegeben worden seien und zeuge dafür, daß die im Vertrage mit den Worten: „und übergiebt dem Beschenkten dieselben sogleich" ausgesprochene Uebergabe nur eine fingirte sei und daher der ganze Vertrag seiner Intention nach eine Schenkung bezwecke, welche erst mit dem Tode des Schenkers fällig werden solle, was auch darin noch deutlich ausgesprochen sei, daß Konrad Meier berechtigt sein solle, die von ihm dem Simon Heinrich Meier zurückgegebenen Gegenstände bei dessen einstigem Absterben wieder in Empfang zu nehmen. Als eine solche sei aber die Machenschaft ungültig, weil die diesfalls vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet worden. §. 750 und §§. 927 — 932 des a. b. G. U. v. 10. Mai 1865.

301. Der Tochtermann des Joseph Blattner von Tägerig, welcher seinem Sohne verschiedene Liegenschaften zu kaufen gegeben, glaubte die Veräußerung nach Mitgabe des §. 748 des a. b. G. anfechten zu können und stellte in erster Linie das Begehren: Es sei der Liegenschaftskauf wegen Pflichttheilsverletzung aufzuheben.

Diesem Begehren konnte jedoch nicht entsprochen werden. §. 748 setzt einen belästigenden Vertrag voraus, wodurch jemand, welcher Notherben hinterläßt, einem dieser Notherben eine Sache um einen so geringen Werth veräußert, daß der im Vertrage bestimmte Kaufpreis mehr als einen Drittheil unter dem wahren Werthe der veräußerten Sache steht. Ein solcher Verkauf erscheint nun aber nicht als unwirksam, sondern muß derselbe vielmehr als gültig und rechtsverbindlich angesehen werden. Jedoch ist dasjenige, welches der Verkäufer zu wenig erhalten, dem Käufer als Schenkung auf Abschlag seines künftigen Erbtheils zur Last zu schreiben. U. v. 17. Dezember 1856.

302. Am 19. Mai 1866 hatte L. K. mit seinem Sohne einen Theilungsvertrag über bisher mit diesem gemeinsam besessenes Eigenthum, Liegenschaften und Fahrhabe, abgeschlossen und alsdann den durch die Theilung ihm zugeschiedenen Antheil dem Sohne zu kaufen gegeben.

Gegen die Fertigung des Kaufvertrages hatten die Schwiegersöhne des Verkäufers Einwendung erhoben und in dem darauf folgenden Prozesse, den der Vater mit dem Klagbegehren auf Entkräftung und

Beseitigung der fraglichen Protestation anhängig gemacht, diese letztere damit zu begründen gesucht, daß der Kläger das ihm durch die Theilung zugefallene Vermögen an seinen Sohn um einen unverhältnißmäßig geringen, das Pflichttheilsrecht der Töchter bedrohenden Preis veräußert habe, so daß die Veräußerung von ihnen nicht anerkannt werden könne. Die Beklagten verlangten eine Schätzung durch Sachverständige und zwar des ganzen früher ungetheilten Vermögens mit der Erklärung, daß sie an ihrer Protestation gegen die Fertigung so lange festhalten, bis diese Schatzung vorgenommen worden.

Anerkanntermaßen ist nun der Kläger ein Mann eigenen Rechtes und handlungsfähig und als solcher befugt, über sein Vermögen diejenigen Dispositionen zu treffen, die er für gut findet und er hat sich keine Vorkehrungen Dritter gefallen zu lassen, wodurch dieses sein freies Verfügungsrecht verletzt oder beschränkt werden will. Freilich erleidet dieses Verfügungsrecht eine Beschränkung durch §. 748 des a. b. G. und ist hiedurch den Erben allerdings das Recht eingeräumt, Verfügungen des Erblassers nach einer gewissen Richtung hin anzufechten, insofern nämlich dadurch ihre gesetzlichen Notherbenrechte verletzt werden. Es ist aber selbstverständlich, daß dieses Recht erst dann effektuirt werden kann, wenn ein Erbfall wirklich eingetreten, d. h. der Kläger gestorben und es sich um die Auseinandersetzung der Erbschaft handelt. Von diesem Standpunkt aus kann es daher nicht bezweifelt werden, einerseits daß der Kläger berechtigt gewesen, den fraglichen Kaufvertrag einzugehen, ohne daß die Beklagten irgendwelches Recht hätten, sich dagegen aufzulehnen, anderseits daß die letztern befugt seien, nach dem Ableben des Klägers zu untersuchen, ob durch seinen Vertrag ihre Pflichttheilsrechte verletzt worden.

Wenn über die Frage gestritten wird, ob die Beklagten wenigstens berechtigt seien, die Fertigung jenes Vertrages so lange zu verhindern, bis das Vermögen, welches den Gegenstand desselben bildet, auf dem Wege der Expertise abgeschätzt worden, so muß auch diese Frage verneint werden. Die Vorschrift des §. 748 des a. b. G. räumt den Beklagten durchaus kein Recht ein, in die Verfügungen des Klägers irgendwie hindernd einzugreifen oder auch nur deren Wirkungen zu suspendiren und mit vollem Grund verlangt der erstere, daß seine Disposition, so wie er sie getroffen, respektirt werde.

Allerdings sind die Beklagten befugt, diejenigen sichernden Maßregeln, welche ihr dereinstiges Beschwerderecht aus §. 748 vorbereiten und ermöglichen könnten, schon jetzt zu treffen, nämlich eine Expertise zum ewigen Gedächtniß zu veranstalten, durch welche der Werth der in den beiden Verträgen inbegriffenen Gegenstände festgestellt wird. Ohne

eine solche sichernde Maßregel wäre nämlich ihr später geltend zu machendes Recht ein illusorisches, weil beim dereinstigen Erbfall nicht mehr mit Sicherheit beurtheilt werden könnte, ob die fraglichen Gegenstände unter dem wahren Werth an den Sohn abgetreten worden und ob und in welchem Maße die Töchter gegenüber dem Sohne durch jene Verträge benachtheiligt werden. Allein diese sichernden Maßnahmen müssen von ihnen getroffen werden, ohne daß dadurch die freie Dispositionsbefugniß des Klägers irgendwie beeinträchtigt werden darf, nämlich in einem selbstständigen Verfahren, das völlig unabhängig ist von der an den Sohn erfolgten Eigenthumsübertragung, so daß sie deren Effektuirung, resp. den Eigenthumsübergang nicht zu hindern vermögen. Die Beklagten sind also auf den Weg der gerichtlichen Expertise zum ewigen Gedächtniß verwiesen, um sich den Beweis darüber zu sichern, ob und in wie weit in jenen Verträgen eine Schenkung auf Abschlag des künftigen Erbtheils des Sohnes enthalten sei.

Der gerichtlichen Expertise unterliegt nicht nur das unbewegliche, sondern auch das bewegliche Vermögen, da §. 748 nicht bloß von Liegenschaften, sondern von „Sachen" überhaupt spricht und unter Umständen auch eine Veräußerung von Mobilien den Notherben Veranlassung geben kann, das ihnen durch diese Gesetzesstelle zugesicherte Recht anzuwenden.

U. v. 28. Juli 1869.

303. Das Fundament einer Forderung, welche A geltend machte, war die Behauptung, daß ihm B für den Fall, wenn dieser die Tochter des C zur Frau bekomme, Fr. 8000 zu bezahlen versprochen habe, ferner daß die diesfällige Bedingung erfüllt und deßhalb B zur Zahlung verpflichtet sei.

Dieses Versprechen schließt nun aber, unter der Voraussetzung nämlich, daß es in Wirklichkeit gemacht worden, wohl nichts anderes als das Wesen einer bedingten Schenkung in sich. Daß sich der Kläger zu entsprechender Gegenleistung verbindlich gemacht oder gar eine solche ausgeführt, ist von ihm nicht erstellt, auch nicht einmal behauptet.

Der Kläger bemerkt zwar, er habe sich viele Mühe gegeben, daß die Heirath des Beklagten zu Stande komme und seien es hauptsächlich diese Bemühungen, welche dessen Verehelichung herbeigeführt. Allein schon die Unbestimmtheit dieser Behauptung spricht für deren völlige Unerheblichkeit, indem der Richter über das Wesen und den Umfang dieser Bemühungen des Gänzlichen im Unklaren gelassen worden. Deßhalb ist die Klage als auf dem Titel der Schenkung beruhend anzusehen, aus welchem Titel sich die Forderung der Fr. 8000 nicht begründen läßt, da der Beklagte die Schenkung widerrufen und sie deßhalb ungültig

und jeder Wirksamkeit verlurstig geworden (§. 749 des a. b. G.). Die Thatsache des Widerrufs liegt unzweifelhaft darin, daß der Beklagte gegen den Kläger die Aufforderungsklage anhob und die Forderung vor dem Friedensrichter sowohl als auch in den gerichtlichen Rechtsvorkehren widersprach.

Schon nach dieser Darstellung ist also die Forderung der Fr. 8000 verwerflich und demgemäß nicht zu untersuchen, ob noch andere Gründe dieselbe als ungerechtfertigt erscheinen lassen. U. v. 21. Jenner 1869.

304. Die Schenkung wird, wenn sie noch nicht vollzogen ist, durch den Geldstag des Schenkers aufgehoben.

Vergl. Nr. 49.

Zehnter Abschnitt.

Von der Bevollmächtigung und Geschäftsführung ohne Auftrag.

§§. 759—775.

305. Jakob Fähndrich und Genossen auf Zürcher Hof, Kantons Zug, schlossen am 3. November 1865 mit den Brüdern Jakob, Balthasar und Johann Knüsel ab Ipikon einen Vertrag ab, wornach die ersteren sich verpflichteten, den letztern ein bestimmtes Quantum Milch in die Käserei zu liefern. Ueber Jakob Knüsel brach im Jahr 1867 in Zug der Konkurs aus, in welchem beträchtliche Forderungen der Milchlieferanten, gegen die der bei der Auffallsrechnung zugegen gewesene Geldstager keine Einwendung erhob, zum Verlurst gewiesen wurden.

Als nun die Milchlieferanten den dritten Bruder, Johann Knüsel, um Deckung des Verlurstes belangten, war dieser der Ansicht, daß die im Konkurse des Jakob Knüsel stattgefundene Auffallsrechnung, an der er nicht Theil genommen, ihm gegenüber nicht maßgebend sein könne.

Allein diese Rechnung wurde auch für Johann Knüsel als verbindlich erachtet, freilich nicht aus dem geltend gemachten Grunde, daß die Rechtshandlungen des einen Solidarschuldners auch seine Mitschuldner verpflichten; denn eine Vorschrift, daß die einseitig erfolgte Schuldanerkennung des einen Schuldners auch für die anderen gelte, enthält unser Gesetz nicht, wohl aber deßhalb, weil Jakob Knüsel die Käserei betrieben und der Geschäftsführer und Bevollmächtigte seine Brüder

gewesen, in welcher Eigenschaft er durch seine Schuldanerkennung auch den Johann Knüsel verpflichtet hatte. §. 762 des a. b. G.

U. v. 19. Jenner 1871.

306. Gegenstand der Interpretation war §. 763 des a. b. G., welcher vorschreibt: „Ueberschreitet der Bevollmächtigte die Grenzen seiner Vollmacht, so haftet er persönlich. Der Vollmachtgeber wird in diesem Fall nur soweit verpflichtet, als die Vollmacht geht, oder als er das Geschäft genehmigt oder den davon entstandenen Vortheil sich zueignet."

Es wurde nun die Ansicht geltend gemacht, daß der Mandatar im Falle einer Ueberschreitung der Vollmacht nur gegenüber dem Mandanten verantwortlich sei, nicht aber gegenüber dem Dritten, seinem Mitcontrahenten. Dadurch würde aber der letztere, falls der Bevollmächtigte über die Grenzen der Vollmacht hinausgegangen und der Vollmachtgeber sich weigern würde, den Vertrag zu ratihabiren, ganz außer das Recht gestellt sein, d. h. er wäre durch die Ueberschreitung der Vollmacht von Seite des Mandatars getäuscht und könnte sich weder an dem Vollmachtgeber noch an dem Bevollmächtigten für allfälligen Schaden erholen, während der letztere doch offenbar durch seine Ueberschreitung der Vollmacht die Schuld des erlittenen Schadens trüge. Die erwähnte Gesetzesstelle hat daher nur dann rechtlichen Sinn und Bedeutung, wenn der Mandatar für die unbefugte Ausschreitung nicht nur gegenüber dem Vollmachtgeber, sondern auch gegenüber dem getäuschten Dritten verantwortlich ist. U. v. 26. September 1866.

307. Nach Inhalt des zitirten §. 763 des a. b. G. wird also der Vollmachtgeber nur insoweit verpflichtet, als die Vollmacht geht. Eine Entscheidung, bei welcher diese Bestimmung zur Anwendung kam, ist unter Nr. 368 angeführt.

308. Zufolge des soeben ausgesprochenen Grundsatzes kann auch der Vormund für seinen Mündel nur in soweit Verbindlichkeiten begründen, als er innerhalb der Schranken seiner Befugnisse handelt; denn der Vormund ist der Bevollmächtigte des Staates und muß gerade deßhalb angenommen werden, daß der Vormund denjenigen, den er vertritt, nur insofern verpflichtet, als er die Grenzen seiner Vollmacht nicht überschreitet, d. h. bei Verwaltung seines Amtes die gesetzlichen Vorschriften beobachtet. Vergl. Nr. 128.

309. Ein Geschäftsagent führte als Bevollmächtigter eines Andern einen Forderungsstreit und unterließ, in der Klage die zu deren Begründung

erforderliche Urkunde anzurufen, weßhalb der Prozeß für den Vollmachtgeber verloren ging. Der letztere belangte nun den Geschäftsagenten wegen nachlässiger Besorgung des Rechtsgeschäftes um Ersatz des erlittenen Schadens.

Aus den Akten ergab sich, daß der vom Bevollmächtigten geführte Prozeß ohne anders gewonnen worden wäre, wenn derselbe die Urkunde rechtzeitig angerufen und ins Recht gelegt hätte; an der Hand des §. 764 des a. b. G. wurde er für die diesfällige Unterlassung als verantwortlich erklärt, er war Bevollmächtigter und benahm sich notorisch als Agent und Geschäftsmann und wurde von ihm gleich einem Anwalt der Prozeß geführt; er war also auch censirt, die Vorschriften der Prozeßordnung zu kennen und anzuwenden.

Machte sich der Bevollmächtigte bezüglich eines entscheidenden Beweismittels einer Versäumniß schuldig und gerieth dadurch der Vollmachtgeber erweislichermaßen in Nachtheil, so mußte der erstere als pflichtig erachtet werden, diesem den eingeklagten Schaden — habe die Verschuldung im Versehen oder in der Unkenntniß ihren Grund — zu ersetzen. U. v. 7. August 1865.

310. Von Herrn Funk in Zürich wurde gegen A. H. folgende Klage angebracht: Im Jahr 1847 habe er, Funk, dem Hrn. Beklagten als Geschäftsagenten eine Forderung auf alt Ammann Bürgißer in Jonen, im Betrage von Fr. 144. 97 a. W. oder Fr. 207. 10 zum Bezuge übergeben; der Beklagte habe dann aber, als der Schuldner im Jahr 1848 verstorben, unterlassen, die Ansprache in dem mit dem bewilligten amtlichen Güterverzeichnisse verbundenen Schuldenrufe anzumelden, so daß nun die Erben die Zahlung verweigert hätten. Da dieser Verlurst aus Säumniß des Beklagten entstanden, so setze er dem Schluß an das Recht: es sei derselbe zu verfällen, entweder den Betrag der Forderung nebst Zins seit 1. Jenner 1859 an den Kläger gegen eigenthümliche Ueberlassung der Ansprache zu bezahlen, oder aber die Erben des alt Ammann Bürgißer zu verhalten, das Klagrecht anzuerkennen, d. h. ihn — den Kläger — bezüglich des verloren gegangenen Klagrechts gegen die Erben Bürgißer in den vorigen Stand zu stellen.

Dem Klagbegehren mußte entsprochen werden, denn es ergab sich: Der Auftrag des Klägers, enthalten in seiner Zuschrift vom 26. Jenner 1848, den der Beklagte übernommen habe, gehe dahin, die Forderung auf alt Ammann Bürgißer von Jonen im Betrage von Fr. 144. 97 a. W. sofort rechtlich einzutreiben und diesen nach Abzug der Kosten ihm zuzustellen. Dadurch sei unter den Parteien ein Bevollmächtigungs-Vertrag zu Stande gekommen, wodurch der Beklagte im Allgemeinen verpflichtet

worden sei, an der Stelle des Klägers alles dasjenige vorzukehren, was zur Erreichung des durch den Vertrag beabsichtigten Zweckes erforderlich gewesen. Dieser Zweck sei deutlich dahin angegeben, daß der Beklagte die Forderung rechtlich einzutreiben und den Betrag derselben nach Abzug der Kosten dem Auftraggeber einzuhändigen habe. Die Ansicht des Beklagten, daß er nur die Betreibung des Schuldners übernommen, erzeige sich als eine irrthümliche.

Der Auftrag gehe allgemein auf Eintreibung der Forderung, und nicht speziell bloß auf die Betreibung des Schuldners. In dieser Allgemeinheit habe er den Auftrag angenommen; dessen Pflicht sei es also gewesen, das ihm aufgetragene Geschäft redlich und mit demjenigen Grade des Fleißes und der Aufmerksamkeit zu besorgen, der von ihm als Geschäftsmann habe vorausgesetzt werden dürfen. Der Beklagte führe nämlich, wie aus seinen Zuschriften an den Kläger hervorgehe, ein „Geschäfts-, Liquidations- und Kommissions-Bureau", und besorge „alle Inkassi auf gütlichem und rechtlichem Wege im Umfange der ganzen Schweiz", bekenne sich also öffentlich zu diesem Fache und es müsse infolge dessen angenommen werden, daß er die dazu erforderliche gewöhnliche Geschicklichkeit und Aufmerksamkeit besitze. Dadurch, daß der Beklagte gegen den Schuldner die Betreibung anbegehrt und auch gegen den in der Ausführung der Betreibung nachlässig gewesenen Beamten — den Herrn Gemeindeammann — rechtliche Schritte eingeleitet habe, sei der übernommene Auftrag nicht erfüllt; er sei weiter verpflichtet gewesen, alles dasjenige vorzukehren, was nach Sinn und Bedeutung des Auftrags zur Eintreibung der Forderung, also dazu nothwendig gewesen, daß sie ihm zu Handen des Gläubigers bezahlt werde. Nachdem nun der Schuldner Bürgißer verstorben, über dessen Nachlaß das amtliche Güterverzeichniß bewilligt worden und an die Gläubiger der Erbsmasse die gerichtliche, durch das aargauische Amtsblatt veröffentlichte Aufforderung, verbunden mit der Androhung des Verlurstes des Forderungsrechts, ergangen, ihre Ansprachen bis und mit dem 8. Brachmonat 1848 in der Gemeinderathskanzlei zu Jonen anzumelden, sei der Beklagte schuldig gewesen, dieser Aufforderung Folge zu geben und die Ansprache anzumelden, um in Erfüllung des übernommenen Auftrags die Eintreibung derselben zu ermöglichen. Hätte derselbe das Geschäft nach dem Absterben des Schuldners Bürgißer nicht weiter besorgen wollen, so wäre ihm obgelegen gewesen, den Kläger davon, so wie von der an die Gläubiger des Schuldners ergangenen öffentlichen Vorladung in Kenntniß zu setzen.

Habe nun der Beklagte unterlassen, die Forderung im amtlichen

Güterverzeichnisse des verstorbenen Bürgißer anzumelden und sei in Folge dessen das Forderungsrecht verloren gegangen, so folge daraus für den Beklagten die Pflicht zum Schadensersatze gegenüber seinem Auftraggeber, dem Kläger. Da aber das Verschulden des Beklagten nicht in einer bösen Absicht seinen Grund habe, so könne der Kläger mehr nicht, als die Herstellung des frühern Zustandes und auf den Fall, als diese nicht möglich, die Vergütung des erlittenen Schadens verlangen. Nun sei die fragliche Forderung niemals eine zinstragende gewesen und es ermangle die Klagbehauptung, daß sie auf 1. Jenner 1849 hätte einbringlich gemacht werden können, einer sichern Grundlage. Die Zinsforderung erscheine daher als eine unbegründete.

Dagegen bringe es die Natur des Bevollmächtigungsvertrages mit sich, daß auch der Kläger verpflichtet sei, dem Beklagten die auf die Geschäftsbesorgung verwendeten nothwendigen Auslagen, insoweit sie nicht dem Schuldner nach den Gesetzen zur Bezahlung aufgefallen wären, zu ersetzen und diejenige Entschädigung für die Geschäftsbesorgung zukommen zu lassen, die er nach seinem Berufe zu fordern habe.

U. v. 13. Februar 1855.

311. Gegen einen Geschäftsagenten, dem das Inkasso einer Forderung übertragen worden, trat der Auftraggeber klagend auf, indem er anführte, die Ansprache sei verloren gegangen und der Verlurst, der ihn betroffen, der Säumniß des Bevollmächtigten in Besorgung der ihm obgelegenen Vorkehren zuzuschreiben und verlangte von ihm Deckung des Schadens, d. h. Ersatz der fraglichen Forderung.

Der Beklagte erhob die Einwendung, daß die Klage schon deßhalb zu verwerfen sei, weil er vor allem aus zur Rechnungsstellung hätte verhalten werden sollen.

Allein diese Auffassung, welche der Beklagte in einer Nichtigkeitsbeschwerde vertheidigte, hat keine Berechtigung. Das Gesetz knüpft nämlich die Geltendmachung einer Schadensersatzforderung gegen einen Bevollmächtigten nicht an die Bedingung, daß der letztere vorerst zur Rechnungsstellung aufgefordert werden müsse. Vielmehr erscheint der Vollmachtgeber nach §. 765 des a. b. G. bloß als berechtigt, keineswegs aber verpflichtet, von dem bevollmächtigten Rechenschaft und Rechnung über das ihm übertragene Geschäft zu verlangen; während anderseits der Bevollmächtigte nach §. 766 seine ihm aus der Geschäftsführung gegen den Vollmachtgeber zustehenden Rechte entweder durch eine selbstständige Klage, oder sofern er selbst von dem Vollmacht-

geber rechtlich belangt wird, auf dem Wege der Kompensation oder Abrechnung (§. 845) zur Geltung bringen mag. —

312. Die soeben entwickelte Anschauung fand auch Ausdruck in einer Entscheidung vom 23. Jenner 1858.

Der Vollmachtgeber verlangte vom Bevollmächtigten die Ablieferung des für ihn eingezogenen Geldes; der Beklagte entgegnete, daß das bestandene Mandatsverhältniß den Kläger nicht zur Klage auf Herausgabe einer bestimmten Summe berechtige, sondern nur einen Schluß auf Rechtfertigung der Geschäftsbesorgung und Rechnungsstellung gestatte.

Die Forderungsklage wurde aber als eine durch das Gesetz (§. 765 des a. b. G.) begründete gutgeheißen, allerdings auch dem Bevollmächtigten die ihm für die Geschäftsbesorgung zustehenden Gegenforderungen nach §. 766 anzurechnen bewilligt, d. h. es wurde ausgesprochen, daß der Beklagte befugt erscheine, seine Gegenforderungen, die der Kläger weder zu kennen berufen, noch selbst von seiner Forderung abzurechnen verpflichtet sei, auf dem Wege der Einrede geltend zu machen, dieselben nämlich im Rechtsstreite liquid zu stellen und zugleich von der in der Klage geforderten Summe in Abzug zu bringen.

313. Die Geschäftsführer und die Angestellten von Handels- und Gewerbsleuten sind, wie §. 767 des a. b. G. vorschreibt, in Hinsicht des ihnen zur Besorgung anvertrauten Geschäfts als Bevollmächtigte anzusehen. Vgl. No. 357.

314. In Hinsicht des §. 773 des a. b. G., der Geschäftsführung ohne Auftrag, siehe Nr. 131.

315. Unter Hinweisung auf §. 774 des a. b. G. erhob J. V. gegenüber seinem Tochtermann einen Forderungsanspruch, indem er anführte, daß er zwei Kindern des letztern eine höhere Bildung habe zu Theil werden lassen.

Aus dem Gesichtspunkte des §. 774 kann jedoch eine Schuldverbindlichkeit des J. V. nicht begründet werden und zwar deßwegen nicht, weil der Tochtermann rechtlich nicht gehalten gewesen, seinen Kindern eine höhere wissenschaftliche Ausbildung angedeihen zu lassen, wie sie dieselbe auf Veranlassung des Großvaters erhalten haben.

Mit vollem Recht macht das Bezirksgericht darauf aufmerksam, daß wenn auch eine gute Erziehung das höchste Gut ist, mit welchem Eltern ihre Kinder ausstatten können, doch für die Eltern eine rechtliche

Nöthigung nicht besteht, ihnen über die gewöhnliche Schulbildung hinaus eine höhere wissenschaftliche Bildung zu geben. Eine Pflicht zum Ersatz der diesfälligen Auslagen des Großvaters wäre daher für den Tochtermann nur unter der Voraussetzung begründet, wenn der letztere sich damit einverstanden erklärt hätte, daß solche Auslagen für die Erziehung seiner Kinder gemacht werden. U. v. 15. September 1870, Art. 450.*

* Bezüglich der Bestimmung des §. 774 siehe auch Nr. 132,

Elfter Abschnitt.

Von dem Bürgschaftsvertrage.

§. 776.

316. Von N. N. wurde am 20. November 1846 dem Heinrich Häfeli, Lenzmüller in Gontenschwil, ein Kapital von Fr. 1500 a. W. angeliehen. Der Schuldpflicht des letztern waren Joh. Zehnder von Wittwil und Rudolf Steiner von Gontenschwil und später für Johann Zehnder Johann Jakob Kiener von Zezwil als Bürgen beigetreten.

Am 24. Oktober 1854 fiel der Hauptschuldner Häfeli in den Geldstag und das vom Kreditor angemeldete Kapital gerieth in Verlurst. Der letztere belangte nun die Frau Anna Kiener, Ehefrau des Bürgen J. J. Kiener, um Bezahlung der Hälfte des verloren gegangenen Betrages, indem er anbrachte: Schon *vor* dem Ausbruch des Konkurses über den Hauptschuldner, und zwar im August 1854, sei der Konkurs auch über den Bürgen J. J. Kiener ausgebrochen und dessen Bürgschaftsverpflichtung gehörig geltend gemacht worden. Der über Kiener erkannte Geldstag sei aber nicht zur Ausführung gekommen, weil dessen Ehefrau seine Vermögens- und Schuldenmasse und damit auch die Bürgschaftspflicht gegen den Kläger zu außergerichtlicher Liquidation übernommen habe.

Die Beklagte verneinte, daß die Bürgschaftspflicht gegen den Kläger zur Schuldenmasse des J. J. Kiener gehört und daß diese Pflicht infolge der Massaübernahme auf sie übergegangen sei. Kläger habe — so entgegnete sie — zur Zeit, als ihr Ehemann in den Geldstag gerathen, *an diesem noch gar keine Forderung gehabt, da der Hauptschuldner Häfeli noch aufrecht gestanden*, auch habe er im Geldstage des J. J. Kiener weder eine Forderung gestellt, noch eine Anweisung erhalten, sondern lediglich das bestehende Bürgschaftsverhältniß zur Vormerkung angemeldet.

Prüft man nun, ob die bürgschaftliche Verbindlichkeit des J. J. Kiener wirklich nicht auf dessen Ehefrau Anna Kiener übergegangen, so ergiebt sich:

Vor allem falle in Betracht, daß die fragliche Massaübernahme zu außergerichtlicher Liquidation keine Nachfolge in sämmtliche Rechte und alle persönlichen Verpflichtungen des Geldstagers (Universalsuccession) bilde, sondern daß der bei der gerichtlichen Liquidation geltende Grundsatz auch hier seine Anwendung finden müsse, daß nämlich nur direkte, bereits existent gewordene Forderungen liquidirt würden, nicht aber auch bloße Bürgschaftsansprachen in Fällen, wo der Hauptschuldner noch aufrecht stehe. Nach bestehendem Gesetze liege daher einem Gläubiger durchaus keine Pflicht ob, eine Bürgschaft im Geldstage des Bürgen anzumelden, wenn der Hauptschuldner noch nicht fallit sei. Werde die Bürgschaft von ihm dennoch angemeldet, so sei dies eine Zufälligkeit, welche ihm weder Rechte gewähre, noch einem Massaübernehmer Verbindlichkeiten auferlege.

Es könne somit einem solchen Massaübernehmer nicht die Pflicht obliegen, in der außergerichtlichen Liquidation von sich aus etwa zu liquidiren, was im Geldstag nicht liquidirt worden. Der klägerische, jetzt geltend gemachte Forderungsanspruch habe zur Zeit der beklagtischen Massaübernahme noch gar nicht existirt, indem der Geldstag über Häfeli erst einige Monate später ausgebrochen sei und habe somit auch nicht mit der Masse auf die Beklagte übergehen können. U. v. 30. Jenner 1857.

317. Dem Salomon Kofel von Oetelfingen, welcher in dem im Jahr 1856 ausgebrochenen Geldstage des K. Dreifuß von O.-Endingen eine grundpfändlich versicherte Forderung von Fr. 1750 anmeldete, wurde das Pfand — bestehend in einem Hausantheil — zugewiesen. Derselbe brachte diesen Hausantheil zweimal auf öffentliche Steigerung, wobei Fr. 800 das höchste Angebot gewesen; er stellte daher gegen Joseph Suter von Würenlingen und Genossen, welche für die fragliche Kapitalschuld sich verbürgt, das Klagbegehren: Dieselben seien schuldig zu erklären: Entweder Soll und Haben der diesfälligen gerichtlichen Kollokation an sich zu ziehen und ihm — dem Kläger — gemäß derselben Privilegirtes und Verbrieftes sammt Zins und Kosten zu ersetzen, oder nur das Soll der Kollokation sammt den Steigerungskosten zu übernehmen, wovon dann aber Fr. 800 in Abzug fallen.

Die Beklagten verneinten, für den Verlurst des Klägers einstehen zu müssen, da dieser sich zuerst an die Hypothekarbehörde zu halten habe, welche das Unterpfand zu Fr. 2400 geschätzt und für die Schatzung Garantie geleistet.

Da die Beklagten die Thatsache, daß sie sich als Bürgen verpflichtet, nicht in Abrede gestellt, dagegen aber behauptet, daß der Kläger allvorderst die Garantiebehörde belangen müsse, so hängt der Entscheid des vorwürfigen Falles von Beantwortung der Frage ab, ob der Kläger für seinen an Kain Dreifuß und beziehungsweise an dessen Grundpfändern erlittenen Verlurst sofort auf die Bürgen greifen konnte, oder aber vorerst noch den Gemeinderath, welcher für die Pfandschatzung garantirte, ausklagen mußte. Die Lösung dieser Frage ergiebt sich aus der rechtlichen Natur der Bürgschaftsverpflichtung und aus den gesetzlichen Bestimmungen über den Bürgschaftsvertrag. §. 776 des a. b. G. bestimmt nun den Begriff des Bürgschaftsvertrages folgendermaßen: „Derjenige, welcher der Verbindlichkeit des Schuldners als Bürge beitritt, verpflichtet sich, den Gläubiger zu befriedigen, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt." Nach §. 777 kann der Bürge dann belangt werden, wenn der Gläubiger bei dem Hauptschuldner keine Befriedigung findet. Der Bürge erscheint demnach als Schuldner in zweiter Linie und muß einstehen, sobald der in erster Reihe Verpflichtete gefallen oder ausgeklagt ist.

Der Kläger, welcher sein Recht gegenüber dem Schuldner und dem Pfand geltend gemacht, konnte daher sofort die Bürgen nachnehmen, indem durch den Umstand, daß die Hypothekarbehörde Garantie leistete, in Bezug auf den Charakter und die rechtliche Bedeutung der Bürgschaftsverpflichtung keine Aenderung herbeigeführt worden. Das einzige Recht, welches dem Bürgen in einem solchen Falle zusteht, ist dasjenige, welches ihm §. 791 des a. b. G. einräumt; derselbe tritt nämlich, wenn er den Gläubiger bezahlt, in dessen Rechte ein und kann von ihm die Uebertragung der Forderung und Sicherheitsurkunden verlangen. Die Klage wurde denn auch entgegen der dieselbe abweisenden Entscheidung des Bezirksgerichts als begründet erklärt. U. v. 1. Dezember 1857.

318. Bei Abtretung einer Forderung verpflichtete sich der Cedent ausdrücklich, „als unbedingter Bürge bis zur gänzlichen Abbezahlung derselben zu haften." — Als der abgetretene Schuldner in den Geldstag gefallen, in welchem die Forderung angemeldet, theilweise aber zu Verlurst gewiesen worden, belangte der Uebernehmer der Forderung den Abtreter, unter Hinweisung auf die von diesem eingegangene Verpflichtung, um Bezahlung des verloren gegangenen Restbetrages.

Der Cedent bestritt die Klage, indem er antwortlich entgegnete: die Verbindlichkeit, die er übernommen, sei nicht als Bürgschafts-, sondern nur als Währschaftsverpflichtung aufzufassen, mit Bezug

auf welche §. 832 des a. b. G. zur Anwendung komme, wonach der Cedent für die abgetretene Forderung nur 3 Jahre vom Tage der Abtretung an hafte, wenn die Forderung verfallen sei und müsse demgemäß das Klagbegehren, weil seit der Abtretung der fällig gewesenen Forderung mehr als 3 Jahre verstrichen seien, als verjährt betrachtet werden; jedenfalls sei nach §. 823 des a. b. G. der bei der Abtretung berechnete Einschlag von $2\frac{1}{2}$ % von der eingeklagten Summe in Abzug zu bringen.

Die Deutung, die der Beklagte seiner Verpflichtung gegeben, ist nun aber unrichtig; der Wortlaut derselben geht klar und unzweideutig dahin, daß er sich für die abgetretene Forderung zu Gunsten des Klägers als Bürge verpflichtet habe. Es wäre nicht einzusehen, warum er als Bürge zu haften sich verbindlich gemacht, wenn er nur eine Währschaft im Sinne der §§. 821—824 des a. b. G. hätte übernehmen wollen. Daß der Abtreter rechtlich befugt erscheine, für die cedirte Summe Bürgschaft zu leisten, bedarf keiner Erörterung. Die Ansicht des Cedenten, daß von einer Bürgschaft im rechtlichen Sinne des Wortes nicht die Rede sein könne, weil der Schuldner nicht mitverhandelt und die Bürgschaft doch wesentlich ein Rechtsverhältniß zwischen Bürge und Schuldner sei, ist nicht stichhaltig; denn die Rechtswissenschaft nimmt eine Intercession, von welcher die Bürgschaft nur eine Unterart ist, dann als vorhanden an, wenn jemand eine fremde Schuld mittelst Verhandlung mit dem Gläubiger auf sich nimmt (Vangerow III, Fol. 133, Ausgabe 1847) und ist also die Mitverhandlung des Schuldners beim Bürgschaftsvertrage von untergeordneter Natur, aus dem naheliegenden Grunde, weil der Bürge nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger gegenüber sich verpflichtet.

Die ganze Vertheidigung ist daher fundamentlos, weil die Vorschrift des §. 823 nur dem Abtreter und Währschaftsträger, nicht aber auch dem Bürgen zu statten kommt.

U. v. 18. Februar 1870.

319. Ein Forderungsstreit drehte sich wesentlich um die Frage, ob ein Currentgläubiger, der im Geldstage seines Schuldners in Folge Nachlaßvertrages weniger als $33\frac{1}{3}$ % erhalte und annehme, den Rest seiner Forderung gegenüber den Bürgen, resp. das Rückgriffsrecht auf dieselbe verliere.

Als der Gläubiger einer verbürgten Forderung im Geldstage des Schuldners dieselbe gehörig angemeldet, kam ein Nachlaßvertrag zu Stande, wonach alle Currentgläubiger sich mit 15 % begnügten. Dieser Gläubiger belangte dann die Bürgen um den in den übrigen 85 %

bestehenden Rest seiner Forderung. Die Bürgen, die Bürgschaftsverpflichtung grundsätzlich anerkennend, bestritten die Klage, indem sie derselben die Einrede entgegensetzten, der Kläger habe das Rückgriffsrecht auf sie aus dem Grunde verwirkt, weil er freiwillig und ohne ihre Mitwirkung zu dem von dem Schuldner angebotenen Akkommodement eingewilligt und sich mit 15 % begnügt habe. Das Bezirksgericht verwarf die Einrede unbedingt und verfällte die beklagten Bürgen zur Bezahlung der eingeklagten 85 %. Das Obergericht dagegen sprach dem Kläger den Klageschluß nur in der beschränkten Weise zu, daß die Beklagten verfällt seien, die geforderte Summe, abzüglich von 18 1/3 %, zu bezahlen, indem es fand:

Der Kläger würde nach §. 21 der Geldstags-Ordnung auch dann, wenn er seine Forderung im Geldstage nicht angemeldet hätte und damit von der Masse ausgeschlossen worden wäre, das Rückgriffsrecht auf die Bürgen nur für denjenigen Betrag der Forderung verloren haben, der bei erfolgter Eingabe aus der Masse bezahlt worden wäre. Scheinbar spreche diese Gesetzesbestimmung zu Gunsten des Klägers und gegen die Beklagten, da jener die Forderung angemeldet und 15 % aus der Masse erhalten habe, während nach den vorgelegenen Berechnungen zu vermuthen gewesen, daß bei rechtlicher Erledigung des Geldstages nur 8—10 % bezahlt werden könnten. Allein die vollständige Liquidation der Masse habe nicht stattgefunden; es sei nicht rechtsgenüglich erstellt, daß bei vollständigem Verkaufe alles Massavermägens und in Folge von weitern rechtlichen Schritten, die den Gläubigern bei rechtlicher Durchführung des Geldstages hätten zustehen mögen, nicht mehr als 10 oder auch 15 % an die Forderung bezahlt worden wären. So viel aber sei gewiß, daß die Gläubiger in der großen Mehrzahl dem Akkommodement beigestimmt und daß folglich der Kläger grundsätzlich zur Eingehung eines Nachlaßvertrages nach §. 141 der G.-O. hätte gezwungen werden können. Nur wäre es nicht zulässig gewesen, ihn zum Nachlaßvertrag, wie er abgeschlossen worden, zu verhalten, weil zu einem zwangsweisen Nachlaßvertrag erfordert werde, daß wenigstens ein Drittheil der Forderung angeboten worden sei. Um sein Rückgriffsrecht gegen die Bürgen zu wahren, sei es demnach Aufgabe des Klägers gewesen, entweder nach §. 144 der G.-O. den Bürgen zu überlassen, an seiner Stelle dem Nachlaßvertrage, der, wie er nun vorliege, als ein freiwilliger sich darstelle (§. 139 der G.-O.), beizutreten oder aber dem endlichen Abschlusse des Akkommodements und der Rehabilitation des Schuldners sich so lange ausdrücklich zu widersetzen, als nicht wenigstens ein Drittheil der Forderung angeboten und der Nachlaßvertrag auf dem

Wege gesetzlichen Zwanges (§§. 141 und 145 der G.-O.) herbeigeführt worden wäre.

Habe nun der Kläger weder das eine noch das andere gethan, gegentheils von sich aus stillschweigend zu dem gütlichen Nachlaßvertrage eingewilligt, so habe er damit auf den Mehrbetrag von 15 bis zu 33 ⅓ % seiner Forderung freiwillig verzichtet und um so viel die Bürgen entlastet.

Was dagegen die übrigen 66 ⅔ % betreffe, so folge aus der eingegangenen Bürgschaft, daß die Beklagten nach §. 776 des a. b. G. den daherigen Verlurst zu ersetzen schuldig seien. Der Gläubiger habe bezüglich dieses Verlurstes Alles gethan, was ihm obgelegen; er habe die Forderung im Geldstage angemeldet, der Hauptschuldner sei in Folge dessen ausgeklagt; nachdem die Gläubiger in mehr als der gesetzlichen Anzahl dem Akkommodement beigetreten, hätte der Kläger in keinem Falle mehr als 33 ⅓ % verlangen, beziehungsweise den Abschluß des Nachlaßvertrags nur so lang verhindern können, bis so viel geboten worden wäre, und daß er für den Ueberrest bei den Schuldnern keine Befriedigung finde, sei durch Geldstagsakten erwiesen. Mehr als 33 ⅓ % habe der Kläger im Geldstage — nachdem alle übrigen Gläubiger der betreffenden Klasse sich mit weniger (15 %) begnügt, der Nachlaßvertrag demnach auch ohne seine Zustimmung auf dem gesetzlichen Zwangswege in Wirksamkeit getreten wäre — nicht erhalten können, auch wenn er alle ihm zu Gebote gestandenen rechtlichen Mittel in Anwendung gebracht haben würde.

Die Einwendungen der Beklagten erzeigen sich demnach nur insoweit als begründet, als die von dem Kläger freiwillig nachgelassenen 18 ⅓ % von der klägerischen Forderung in Abzug gebracht werden müßten. U. v. 11. August 1864.

320. Ein Fabrikant, welcher sich bei der Firma N. N. einen Kredit eröffnen ließ, wurde, als er daselbst bereits eine beträchtliche Summe bezogen, um Sicherheitsleistung angegangen; er hatte in Folge dessen der kreditgebenden Firma einen von seinem Bruder ausgestellten Akt eingemittelt, folgenden Inhalts: „Endesunterzeichneter X. X. verpflichtet sich hiermit, zu Gunsten seines Bruders für den Betrag von Fr. 4000 behufs eines zu eröffnenden Kredits bei der Firma N. N. gutzustehen und als Mitschuldner solidarisch zu haften.

Als der Schuldner später in den Konkurs gerathen und die Firma N. N. in den Fall gekommen, vom fraglichen Verpflichtungsakte Gebrauch zu machen, hatte sie die Ansicht vertheidigt, daß sich diese Ver-

pflichtung auch auf diejenigen Geldbezüge, welche vor Ausstellung derselben stattgefunden, zurückbeziehe.

Entscheidend ist nun der Inhalt der Verpflichtungsurkunde selbst. In dieser letztern wurde der Zweck der Bürgschaft deutlich durch die Worte zu erkennen gegeben: „Zum Behufe eines zu eröffnenden Kredits." Der Bürge spricht nicht von der Vergangenheit, sondern von der Zukunft, nicht von einem bereits erschöpften Kredit, für den er sich verbürgt, sondern von einem solchen, welcher erst beginnen soll. Auch muß im Zweifel (und das ist das Günstigste, was man im Falle für den Klagetheil annehmen kann) das vorliegende Rechtsgeschäft nach anerkannten Regeln der juridischen Hermeneutik zu Gunsten des Verpflichteten ausgelegt werden (§. 648 des a. b. G.).

U. v. 21. Oktober 1858.

§§. 777—782.

321. Johann Seiler von Lenzburg gab dem N. N. Gebäulichkeiten in die Miethe und Xaver Gretener von Mellingen trat der Verpflichtung des Miethers als Bürge bei. Auf Grund der Behauptung, daß er sich am Miether nicht erholen könne, indem der Akt über die gegen ihn angehobene Betreibung die Bescheinigung des Gemeindeammanns enthalte, daß derselbe vergeldstagt und zahlungsunfähig sei, belangte Seiler den Bürgen um Bezahlung des fälligen Miethzinses.

Der Bürge bestritt das Forderungsbegehren, darauf aufmerksam machend, daß er erst dann zur Zahlung verhalten werden könne, wenn der Kläger sich darüber ausgewiesen, daß er die gegen den Hauptschuldner ihm zustehenden Rechte ausgeführt habe. Der Bescheinigung des Gemeindeammanns sei kein Gewicht beizumessen, indem der Schuldner schon vor Errichtung des Mieth- oder Bürgschaftsvertrages vergeldstagt gewesen; die fragl. Bescheinigung drehe sich daher um einen Umstand, welcher den Kläger nicht berechtigen könne, sich mit Umgehung des Schuldners an den Bürgen zu halten.

Ueber die gegen das bezirksgerichtliche Urtheil, welches die Klage als eine voreilige verwarf, geführte Nichtigkeitsbeschwerde fand man:

Dem Erkenntniß des Bezirksgerichts werde der Vorwurf gemacht, daß es den §. 777 des a. b. G. verletze. Aus dieser Vorschrift erhelle, daß in der Regel zuerst der Schuldner belangt werden müsse und nur in den gesetzlich bestimmten Ausnahmsfällen eine Belangung des Bürgen vor dem Hauptschuldner zulässig sei. Frage es sich nun, ob in concreto einer dieser gesetzlichen Ausnahmsfälle vorhanden sei, so müsse dies verneint werden. Zwar behaupte der Beschwerdeführer, daß, weil der

Schuldner vergeldstagt sei, schon hieraus gefolgert werden müsse, daß man bei ihm keine Befriedigung finden könne. Allein dieser Anschauungsweise stehe entgegen, daß, obgleich der Hauptschuldner schon vor Eingehung des Schuld- und Bürgschaftsverhältnisses vergeldstagt gewesen, wovon der Kläger Kenntniß gehabt habe, dieser letztere gleichwohl mit jenem in Vertragsverhältnisse getreten sei und sich in der Person des Beklagten einen gewöhnlichen Bürgen habe bestellen lassen. Hätte der Kläger gerade wegen der mißlichen Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners dem Bürgen außergewöhnliche Verpflichtungen auferlegen wollen, so hätte er von diesem verlangen sollen, daß er sich als Bürge und Mitschuldner verpflichte, in welchem Falle dann allerdings der Bürge mit dem Hauptschuldner gemeinsam und nicht bloß subsidär gehaftet haben würde. Da aber der Beklagte als gewöhnlicher Bürge der Verpflichtung des Hauptschuldners beigetreten, so müßten hiebei auch nur die gewöhnlichen und keineswegs die ausnahmsweisen Gesetzesbestimmungen zur Anwendung kommen und könne daher daraus, daß der Schuldner vergeldstagt sei, für den Bürgen keine größere Verpflichtung erwachsen, als dies bei gewöhnlichen Bürgschaften der Fall sei.

Der Kläger wolle dann aber noch aus der auf dem Betreibungsakt enthaltenen Bescheinigung des Gemeindeammanns folgern, daß beim Hauptschuldner keine Befriedigung erhältlich gewesen und somit die erste Ausnahmsbestimmung des §. 777 des a. b. G. im Falle zutreffend gewesen. Das Bezirksgericht habe jener Bescheinigung des Gemeindeammanns nicht jene Bedeutung beigelegt, die ihr der Beschwerdeführer gegeben. Diese Anschauung des Bezirksgerichts könne, auch wenn sie nicht richtig wäre, nicht der Vorwurf offenbarer Gesetzesverletzung treffen. Es würde nämlich noch immer die Frage entstehen, ob es Sache des Gemeindeammanns gewesen und es in seiner Befugniß gelegen habe, beim Empfang eines Betreibungsaktes sofort zu erklären, der Schuldner sei zahlungsunfähig, woran sich dann die weitere Frage reihen müßte, ob durch eine solche Erklärung des Gemeindeammanns dem Gläubiger ohne weiters das Recht gegeben sei, von der Betreibung gegen den Schuldner abzustehen und sofort den Bürgen um Zahlung anzugehen. Das Bezirksgericht habe beide Fragen verneinend beantwortet, wobei es sich lediglich auf dem Gebiete rechtlicher Reflexion bewegt habe.

U. v. 23. März 1854.

322. Der Schuldner eines Kapitals von Fr. 650, dessen Rückzahlung innert Jahresfrist bedungen worden, verließ bald nach Ausstellung der Schuldschrift seinen Wohnsitz im Kanton und wurde hierauf der Bürge, nachdem die Frist, innerhalb welcher das Kapital hätte

zurückbezahlt werden sollen, abgelaufen, im Sinne des §. 777 des a. b. G. um Bezahlung desselben angegangen.

Der beklagte Bürge antwortete, er habe die Bürgschaft unter der Bedingung eingegangen, daß der Gläubiger dafür sorge, daß der Schuldner seiner Verpflichtung nachkomme; der Schuldner sei, wenn auch abwesend, durch einen von ihm bestellten Bevollmächtigten gehörig vertreten, somit rechtlich anwesend; die Klage sei daher voreilig, denn es werde verneint, daß durch den veränderten Wohnsitz des Schuldners die im §. 777 bestimmte Ausnahme von der Regel eingetreten sei, daß der Bürge den Hauptschuldner zu vertreten und Zahlung zu leisten habe.

Wird nun auch die Thatsache der Ausstellung einer allgemeinen und gültigen Vollmacht als von Seite des Hauptschuldners richtig vorausgesetzt, so ist diese Thatsache für den beklagten Bürgen gleich wohl unbehelflich. Der §. 777 gestattet nämlich dem Gläubiger, den Bürgen sofort zu belangen, wenn der Schuldner nach Entstehung der Bürgschaft seinen Wohnsitz im Kanton verlassen hat. Das Gesetz hat offenbar das thatsächliche Verlassen seines Wohnsitzes im Kanton im Auge, es unterscheidet nicht zwischen rechtlicher und physischer Abwesenheit, sondern stellt einzig auf die letztere ab, da er für den Fall, als der Schuldner seinen Wohnsitz im Kanton verlassen, dem Gläubiger unbedingt und ausnahmslos die Befugniß einräumt, auf den Bürgen zu greifen, obgleich dem Gesetzgeber sicher nicht entgangen, daß infolge der §§. 271 und 272 des a. b. G. jeder Abwesende einen Bevollmächtigten oder Pfleger als Vertreter hat.

Aus dem Nebeneinanderbestehen dieser §§. 271, 272 und 777 erhellt deutlich, daß in der letztern Vorschrift nur das thatsächliche Verlassen und nicht ein förmliches rechtliches Aufgeben des Wohnsitzes verstanden ist, was sich übrigens aus dem Zwecke der Ausnahmsbestimmung, der in dem Schutze des Gläubigers für den Fall der Entweichung des Hauptschuldners besteht, leicht erklären läßt. U. v. 18. Juni 1857.

323. In einem Falle war zu entscheiden, ob der Gläubiger, welchem Bürgschaft geleistet worden ist, bei Verlurst des Regreßrechts gegenüber dem Bürgen, gehalten sei, die auf dem Weg der rechtlichen Betreibung erhaltene Sicherheit im Geldstag des Hauptschuldners auch anzumelden, oder ob es in seiner Willkür liege, auf die erlangten Pfänder zu verzichten und sich einfach auf die Eingabe seiner Forderung im Geldstag zu beschränken?

Bei Beantwortung dieser Frage ging man von folgender Betrachtung aus:

Es falle zunächst in Erwägung, daß der Gläubiger nach aarg.

Recht zur Wahrung seines Rechts auf den Bürgen keine größere Sorgfalt anzuwenden habe, als wozu ihn das Gesetz ausdrücklich verpflichte. Mit Recht berufe sich daher die Klagpartei darauf, womit übrigens auch der Beklagte einverstanden sei, daß der Gläubiger nicht gehalten sei, sich gegenüber dem Schuldner durch Betreibung Pfänder zur Deckung seiner Forderung zu verschaffen, aus dem einfachen Grund, weil das Gesetz den Gläubiger hiezu nicht verpflichte, ausgenommen — den übrigens hier nicht zutreffenden Fall — wenn der Bürge die Bürgschaft rechtlich aufgekündet habe (§. 785 des a. b. G.) So unzweifelhaft nun auch dieser Grundsatz nach unserer aarg. Gesetzgebung Geltung habe, so sei damit für die ganz andere Frage doch noch nichts entschieden, ob der Gläubiger die auf dem Wege der Betreibung wirklich erlangte Sicherheit willkürlich preisgeben dürfe oder nicht.

Das aarg. Bürgschaftsrecht gehe von dem prinzipalen Grundsatze aus, daß — drei Ausnahmen abgerechnet — der Bürge immer erst dann belangt werden könne, wenn der Gläubiger beim Hauptschuldner keine Befriedigung finde (§. 777 des a. b. G.) Das aarg. Recht weise daher und zwar in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht dem Bürgschaftsverhältniß als Regel den Charakter der fidejussio indemnitatis zu, d. h. sein Wesen bestehe darin, daß der Bürge nur den wirklichen Schaden ersetzen soll, den der Gläubiger mit Beziehung auf seine Forderung gegenüber dem Schuldner erleiden sollte. Daß dies der Charakter der Bürgschaftsverpflichtung nach aarg. Recht sei, gehe augenscheinlich aus §§. 776 und 777 des a. b. G. hervor, besonders wenn man damit den §. 778 vergleiche, welcher — von ganz andern Voraussetzungen ausgehend — dem Verhältniß eines „Bürgen und Mitschuldners" gegenüber dem Gläubiger den Charakter der Solidarität verleihe. Wenn es nun richtig sei, daß der Bürge nur für den dem Gläubiger erwachsenen Schaden hafte, so trete offenbar die aus der Lehre vom Schadenersatz wohl bekannte und in unsere Gesetzgebung ausdrücklich aufgenommene Bestimmung (§. 803 des a. b. G.) zur Anwendung, daß wenn der Beschädigte durch sein Verschulden zur Veranlassung des Schadens beigetragen, er denselben im Verhältniß seines Verschuldens an sich zu tragen habe, oder wie man sich in der Rechtssprache auszudrücken pflege: „qui sua culpa damnum sentit, sentire non intelligitur."

Dies auf den vorliegenden Fall angewendet ergebe die Folgerung, daß wenn der Gläubiger seine Befriedigung beim Schuldner aus einem Grunde nicht finde, welcher nicht in der Insolvenz des Schuldners oder andern von der Person des Gläubigers unabhängigen Verhältnissen, sondern in dem Verschulden des Gläubigers selbst zu suchen sei,

alsdann der Bürge für diesen Schaden nicht mehr hafte, vielmehr der Gläubiger denselben an sich zu tragen habe. Nun sei augenscheinlich der Schaden, der hier der Klagepartei erwachsen sei, ein von ihr selbst verschuldeter. Sie habe gegen den Schuldner Betreibung angehoben und Pfandschaft erlangt; einmal im Besitze solcher Sicherheit sei sie auch angewiesen gewesen, hieraus ihre Befriedigung zu suchen, insbesondere aber und zwar unter eigener Verantwortlichkeit verpflichtet gewesen, bei Anmeldung der Forderung im Geldstag des Schuldners die erlangte spezielle Sicherheit zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Der §. 21 der G. O. spreche sich ausdrücklich dahin aus: „Der Gläubiger verliert auch das Rückgriffsrecht auf Dritte (Mitschuldner, frühere Schuldner, Bürgen, Währschaftsverpflichtete, Besitzer von Pfändern und sonstige Verpflichtete) für denjenigen Betrag seiner Forderung, welcher bei erfolgter Eingabe aus der Masse bezahlt worden wäre." Dieser Vorschrift habe nun die Klagpartei nicht nachgelebt, anstatt wie es die Natur der Sache und das eigene Interesse ebensowohl als eine gesetzliche Pflicht mit sich gebracht hätte, ihre auf Pfandschaft versicherte Forderung unter Beilage des Titels in II. Klasse anzumelden, habe sie willkürlich auf die Sicherheit verzichtet, d. h. bloß in VI. Klasse angemeldet, also für ihre Befriedigung nicht in der Weise gesorgt, wie es nothwendig gewesen wäre, um unter den gegebenen Verhältnissen aus der Masse zur Befriedigung zu gelangen. Allseitig seien die Parteien damit einverstanden, daß wenn die Forderung in II. Klasse kollozirt worden wäre, sie Deckung verlangt hätte, während sie nun in VI. Klasse gänzlich zu Verlust gegangen sei.

Es trete daher das in §. 21 cit. ausdrücklich angedrohte Präjudiz ein, wonach die Kläger das Rückgriffsrecht für denjenigen Betrag, welcher bei erfolgter resp. gehörig und formgemäß erfolgter Eingabe aus der Masse bezahlt worden wäre, verlieren oder mit andern Worten die Kläger haben den Verlust, den sie im Geldstag erlitten, an sich selbst zu tragen, weil nur ihre eigene unberechtigte Handlungsweise daran schuld sei, daß sie im Geldstag nicht befriedigt worden. Von diesem Standpunkt aus sei das Urtheil des Bezirksgerichtes, das die Klage gegen den Bürgen verworfen, ein streng gesetzliches und gerechtfertigtes, abgesehen davon, daß es bei gegentheiliger Auffassung auch der Billigkeit und einem gewissen Rechtsgefühl geradezu widerstreben würde, wenn dem Gläubiger gestattet sein sollte, die einmal erlangte Sicherheit für seine Forderung willkürlich und zum Schaden und Nachtheil des Bürgen preiszugeben.

Wie sehr übrigens das aargauische Recht mit dieser Auffassung übereinstimme, ergebe sich auch noch aus der Vorschrift des §. 791 des

a. b. G., welche laute: „Der Bürge, welcher den Gläubiger bezahlt, tritt in dessen Rechte und ist sonach befugt, von demselben die Abtretung der Forderungsurkunde und der Sicherheiten zu verlangen, welche der Gläubiger für die Schuld besitzt," woraus sich unzweifelhaft ergebe, daß der Bürge ein Recht auf die dem Gläubiger zustehenden Sicherheiten — gleichviel ob früher oder später erworbene — habe, mit welchem Recht die Pflicht des Gläubigers korrespondire, solche Sicherheiten nicht zu vernichten oder preiszugeben, sondern sie dem Bürgen zu erhalten und im Falle seiner Befriedigung dem letztern zur Verfügung zu stellen. U. v. 26. Juli 1869.

324. Für eine einen hohen Betrag erreichende Forderung hatten sich A und B als Bürgen verpflichtet, welchen C Rückbürgschaft geleistet. Als die Schuldner jener Forderung in die Nothwendigkeit versetzt worden, sich mit ihren Kreditoren zu verständigen, trafen die Bürgen mit dem Gläubiger eine Vereinbarung, durch welche sie die Verbindlichkeit übernahmen, für das noch im Ausstand befindliche Betreffniß als Schuldner zu haften und dasselbe zu bezahlen, ihnen, den Bürgen, aber überlassen worden, an den Beschließungen der Gläubiger der fallit gewordenen Schuldner, welche ihr gesammtes Vermögen zu außergerichtlicher Liquidation abgetreten, Theil zu nehmen.

Nachdem die Bürgen, welche infolge jener Verständigung wirkliche Schuldner geworden, einen Theil der besagten Forderung abbezahlt, belangten sie den Rückbürgen um Rückersatz des entrichteten Betrages.

Behufs Entscheidung dieses Klagbegehrens ist vor allem aus die Bedeutung und Tragweite der Verpflichtung, die der Beklagte als Rückbürge übernommen, in Erwägung zu ziehen. Die Rückbürgschaft wird charakterisirt in §. 780 des a. b. G., woselbst die Bestimmung enthalten ist: „Verpflichtet sich Jemand, den Bürgen schadlos zu halten, wenn dieser der Bürgschaft wegen in Verlurst kommen sollte, so wird er Rückbürge. Der Rückbürge steht gegenüber dem Gläubiger in keinem Rechtsverhältniß." Die Verbindlichkeit des Rückbürgen besteht also dem Wortlaut dieser Bestimmung zufolge darin, daß er dem Bürgen den Schaden, d. h. den Verlurst decke, welchen die Bürgschaft für ihn zur Folge haben sollte. Die Pflicht des Beklagten, der Anforderung des Klägers nachzukommen, ist sonach von der Voraussetzung abhängig, daß vom letztern ein Verlurst, welcher ihm aus fraglicher Bürgschaft erwachsen, nachgewiesen worden.

Wohl hat nun der Kläger Zahlung an den Gläubiger der eingangserwähnten Forderung geleistet. Allein daß diese Leistung des Klägers sich als Verlurst herausstelle und daß die Bürgschaft für dieselben überhaupt einen Verlurst herbeigeführt habe oder herbeiführen werde, ist

nicht dargethan und kann für einmal gar nicht bestimmt werden. Die Schuldner haben ihren Gläubigern, wie bereits bemerkt, ihr Vermögen zu außergerichtlicher Liquidation überlassen. Die Liquidation dieses Vermögens, an dem auch der Kläger am Platze des Inhabers der mehrgenannten Forderung Antheil hat, ist nun aber nicht durchgeführt und deßhalb nicht ausgemittelt, ob der Kläger im Betreff der Summe, die er am Platze des Schuldners zu bezahlen sich verpflichtete, ganz oder theilweise gedeckt werde; insofern er Deckung erlangt, kann nicht davon die Rede sein, daß er der Bürgschaft wegen Verlurst oder Schaden erleidet, indem für den Bürgen offenbar nur dann ein Schaden entsteht, wenn er einen Betrag erlegen muß, der bei der Liquidation der Masse des Schuldners verloren geht, gleichviel ob diese Liquidation gerichtlich oder außergerichtlich vollzogen wird.

Dem Begehren des Klägers konnte deßhalb nicht entsprochen werden.

U. v. 23. August 1869.

§§. 783—789.

325. Der ursprünglich vollständig erkennbare Inhalt einer Bürgschaftsurkunde für den Betrag von Fr. 200 bezeichnete zwei Personen als Bürgen. Unterzeichnet war die Urkunde nur von einem Bürgen; der Name des zweiten war durchgestrichen, der übrige Inhalt aber unverändert geblieben.

Der Gläubiger forderte von dem Bürgen, der sich unterzeichnet hatte, den ganzen Betrag ein; dieser bekannte sich bezüglich der Hälfte der eingeklagten Summe für schuldig, bestritt jedoch nach §. 783 des a. b. G. seine Schuldpflicht bezüglich der zweiten Hälfte. In der Replik anerbot sich der Kläger zum Beweis der Thatsache, „daß der Name des zweiten Bürgen schon durchgestrichen gewesen sei, als die Urkunde vom Beklagten unterzeichnet worden."

Der Kläger wurde aber zum Beweise dieser Thatsache nicht mehr zugelassen. Indem der Kläger die ganze Bürgschaftsschuld von Fr. 200 gegen den Beklagten einklagte, nach §. 131 der P.-O. aber der ursprüngliche Inhalt der Schrift gilt, welcher ganz zuverlässig die beiden Bürgen benennt, wäre es seine Aufgabe gewesen, wenn er die Bestimmung des §. 783 des a. b. G. unwirksam und den Beklagten für die ganze Bürgschaftsschuld haftbar machen wollte, seine Klage damit zu begründen, daß eine Veränderung der Urkunde in Wirklichkeit nicht stattgefunden, resp. der Name des zweiten Bürgen schon durchgestrichen gewesen, als der Beklagte die Bürgschaftsverpflichtung unterzeichnet, dieser sich also wissentlich für Fr. 200 und zwar einzig verbürgt habe.

Von diesem prozessualisch richtigen Standpunkt ausgehend hat denn auch der Beklagte seine Vertheidigung nicht in die Form einer Schutzbehauptung gebracht, sondern, unter Hinweisung auf den ursprünglichen Inhalt der Schrift und die bezüglichen Gesetzesbestimmungen, einfach die negative Litiscontestation gewählt, resp. verneint, daß er eine Bürgschaft für Fr. 200 eingegangen und dagegen, von dem Rechte der Theilung Gebrauch machend, von dem eingeklagten Betrage die im Verhältniß von zwei Bürgen auf ihn fallende Hälfte anerkannt. Der Kläger war demnach nicht provozirt, der antwortlichen Vertheidigung eine Replik entgegenzusetzen, wohl aber, Angesichts der seiner Klage zu Grunde gelegten, sichtbare Veränderungen an der Stirne tragenden Urkunde und Angesichts des §. 783 des a. b. G., sowie des §. 131 der P.-O. in der Lage gewesen, seine Klage mit derjenigen Behauptung zu befestigen, die er mit der Replik einzubringen suchte, die aber als unzulässige und verspätete Klagergänzung vom Richter nicht berücksichtigt werden durfte.
U. v. 7. Juni 1865. Art. 271.

326. Ein Gläubiger belangte den Bürgen, nachdem der Hauptschuldner zahlungsunfähig geworden, für den ganzen Betrag der an letzterm verloren gegangenen Forderung, gestützt auf folgende schriftliche Bürgschaftsverpflichtung.

„Zu mehrerer Sicherheit für die Kaufsumme der Fr. 33700 nebst „gesetzlichem Zins und allfälligen Kosten verpflichten sich die Unterzeich„neten bis zur gänzlichen Abbezahlung als Bürgen solidarisch zu haften."

Unterzeichnet war diese Bürgschaftsurkunde nur von einem Bürgen. Unter den Parteien wurde daher streitig, ob der beklagte Bürge verpflichtet sei, den im Geldstag des Hauptschuldners verloren gegangenen Betrag ganz zu bezahlen, oder nur zur Hälfte. Der Beklagte behauptete das letztere und berief sich zur Begründung seiner Ansicht auf den §. 783 des a. b. G., welcher vorschreibt: „Sind in einer Schuldurkunde zwar „mehrere Bürgen benannt, haben sich aber nicht alle Benannten ver„pflichtet, so haften die, welche gut versprochen, für die Schuld nur in „dem Verhältniß, in welchem ihre Anzahl zu der Anzahl aller in der „Schuldurkunde benannten Bürgen steht."

Schon in dem der Bürgschaft zu Grunde liegenden Kaufsakte war die Bedingung aufgenommen worden, daß die Kaufssumme durch zwei habhafte Bürgen zu unterzeichnen sei. Allein auch ganz abgesehen hievon konnte Angesichts des Wortlautes der vorliegenden Bürgschaftsurkunde kein Zweifel darüber bestehen, daß die ursprüngliche Absicht der Contrahenten dahin gegangen war, daß eine Mehrzahl von Bürgen sich verpflichten solle. Wenn aber der Beklagte in der durch die Fassung

der Bürgschaftsurkunde hervorgerufenen Meinung, daß neben ihm noch wenigstens ein anderer Bürge sich verpflichten werde, die Bürgschaftsurkunde unterzeichnete und es sich dann ergiebt, daß kein weiterer Bürge mehr gut gesprochen, so kommt zu seinen Gunsten die oben zitirte Gesetzesbestimmung zur Anwendung, welche gerade den Fall im Auge hat, daß ein Bürge im Vertrauen auf das Vorhandensein eines oder mehrerer Mitbürgen die Bürgschaftsurkunde unterzeichnet und hernach sich einzig seine Unterschrift dem Akte beigesetzt findet. Daraus folgert das Obergericht, daß der Beklagte nur im Verhältnisse der denkbar kleinsten Mehrzahl von Verpflichteten, also zur Hälfte haftbar sei. Der Kläger und mit ihm das Tit. Bezirksgericht hielt nun aber die angeführte Gesetzesvorschrift in einem solchen Fall nicht für anwendbar, weil im Context die Namen der Mehrzahl von Verpflichteten nicht angegeben sei. Dieser Ansicht trat jedoch das Obergericht nicht bei.

Das Gesetz hat sicher nicht auf die namentliche Benennung der Bürgen im Context einen Nachdruck legen wollen Aus dem ganzen Tenor des §. 783 und der deutlich erkennbaren Absicht des Gesetzgebers geht vielmehr hervor, daß diese Bestimmung — zum Schutz des Bürgen — überall da zutreffen solle, wo die Bürgschaftsurkunde auf mehrere Verpflichtete berechnet, aber nur von Einem unterzeichnet worden. Im Verkehrsleben wird es in der Regel vorkommen, daß bei der Redaktion der Schuld- und Bürgschaftsurkunde die Namen der Bürgen noch nicht alle bekannt sind, sondern der Schuldner in den Fall kommt, Bürgen erst zu suchen. In solchem Fall genügt es doch wohl, wenn in der Urkunde eine bestimmte Anzahl von Bürgen namhaft gemacht oder doch von einer Mehrzahl von Bürgen gesprochen wird, damit diejenigen, die sich unterzeichnen, ersehen können, daß sie für die angegebene Summe nicht allein zu haften haben.

Nun will eben das Gesetz, daß sich der unterzeichnete Bürge in diesem seinem Vertrauen nicht getäuscht finden solle, resp. nicht eine Verpflichtung allein auf sich zu nehmen habe, die ursprünglich auf Mehrere berechnet gewesen. Der Umstand, ob der als Bürge Unterzeichnete auch schon die Namen der projektirten Mitverpflichteten gekannt habe oder nicht, erscheint dabei als untergeordnet. Am Bürgen liegt es in solchem Falle nicht, sich für Herbeischaffung eines Mitbürgen zu bemühen, da er durch die zu seinen Gunsten geschaffene Bestimmung des §. 783 hinlänglich geschützt ist. Anders gestaltet sich die Sache vom Standpunkt des Gläubigers aus. Wenn derselbe nicht darauf bestand, daß die Bürgschaft wie ausdrücklich bedungen war, zu Stande komme und sich auch nicht dafür bemühte, daß am Platz der Doppelbürgschaft wenigstens ein unbedingter Bürge gestellt werde, sondern sich mit einer

mangelhaften, auf zwei oder mehrere berechneten, aber nur von Einem unterschriebenen Verpflichtung stillschweigend begnügte, so ist er es, der den aus eigener Nachlässigkeit ihm entstandenen Schaden zu tragen hat.

Der Beklagte wurde daher im Fragefall nur als zur Hälfte ersatzpflichtig erklärt. U. v. 24. September 1869.

327. In folgendem Falle stritt man sich um die Frage, ob eine rechtsgültige Aufkündung einer Bürgschaft stattgefunden habe. Der Beklagte, der als Bürge belangt wurde, behauptete, daß er dem Kläger an einem bestimmten Tage mündlich erklärt, daß er die fragliche Bürgschaft aufkünde und daß er die Frage beigefügt habe, ob Kläger die Aufkündung so, wie sie jetzt gemacht sei, gütlich und mündlich, annehme und daß der Kläger erwidert habe, „ja er nehme die Aufkündung hiemit gütlich und mündlich an."

Diese Schutzbehauptung des Beklagten wurde als eine erhebliche angesehen und dem Beweise unterstellt. Zum Vortheil der Parteien selbst und in der Absicht, für das Vorhandensein eines sichern Beweismittels für die Aufkündung einer Bürgschaft zu sorgen, bestimmt das Gesetz, daß diese Aufkündung in der Regel auf rechtlichem Wege zu geschehen habe.

Wenn aber beide Parteien einverstanden sind, sich mit einer bloß mündlichen Aufkündung zu begnügen, so ist doch gewiß kein Grund vorhanden, eine solche Uebereinkunft als ungenügend zu erklären und ihr nicht alle rechtlichen Wirkungen einzuräumen, die das Gesetz an eine rechtliche, unter Mitwirkung amtlicher Personen geschehene Aufkündung knüpft.

Es handelt sich hier nicht um ein öffentliches Interesse, das der Richter unabhängig von dem Willen der Parteien zu wahren hätte, sondern um eine Form, die nicht zum Wesen der Sache gehört, die zwar zum Schutz des Rechts gegeben ist, auf deren Anwendung aber die Betheiligten, welchen über das streitige Objekt freie Verfügungsgewalt zusteht, auch jeder Zeit Verzicht leisten können.

Hätte der Kläger wirklich — wie behauptet wird — die Erklärung gegeben, er begnüge sich mit einer mündlichen Aufkündung der Bürgschaft, so wäre der Beklagte in seinem guten Glauben und Vertrauen auf unstatthafte Weise getäuscht worden, wenn diese Erklärung keine Berücksichtigung fände. U. v. 12. Dezember 1868.

328. In §. 788 des a. b. G. findet sich die Vorschrift: „Eine „Bürgschaft für einen Betrag, welcher die Summe von einhundert Franken „übersteigt, ist nur dann gültig, wenn darüber eine Urkunde ausgefertigt wird."

Ein Bürgschaftsversprechen, welches für eine mehr als Fr. 100 betragende Summe mündlich abgegeben worden sein soll, wollte wenigstens für den Betrag von Fr. 100 als verbindlich erklärt und zur Geltung gebracht werden. Allein dieses Bestreben vermag sich auf kein bestimmtes Gesetz zu gründen und findet auch in der Natur der Sache keinen Haltpunkt. Ein Rechtsgeschäft muß in der Regel als ein in sich abgeschlossenes Ganzes aufgefaßt und behandelt werden und ist es nicht zulässig, dasselbe willkürlich zu zerlegen und den einen Theil als gültig, den andern als ungültig zu erklären. Die Aufrechthaltung eines form- oder rechtswidrigen Geschäftes inner den Grenzen des Erlaubten ist dem Richter nur dann gestattet, wenn ein bestimmtes Gesetz ihn hiezu ermächtigt.

U. v. 7. November 1864.

329. In dem Kontrakten- und Fertigungsprotokolle waren bezüglich der Kaufssumme für ein Grundstück, welches an einer unter Leitung des Gemeinderathes stattgehabten öffentlichen Steigerung veräußert worden, F. S. und S. St. als Bürgen verzeichnet, welche, nachdem in dem bald hierauf erfolgten Geldstage des Käufers und Hauptschuldners ein Theil des Kaufpreises in Verlurst gerathen, um Bezahlung des Restes angegangen worden.

Gestützt auf das Anbringen, daß sie das Steigerungsprotokoll nicht unterschrieben haben, folglich §. 788 des a. b. G., der eine Bürgschaft für einen Fr. 100 übersteigenden Betrag nur dann als gültig erkläre, wenn darüber eine Urkunde ausgefertigt worden, im Falle maßgebend sein müsse, hatten sie gegen das bezirksger. Erkenntniß, welches sie zur Zahlung verurtheilte, eine Nichtigkeitsbeschwerde geführt.

Auf die erwähnte Gesetzesstelle können sich nun aber die Beklagten nicht berufen, indem dieselben wirklich in einer Urkunde als Bürgen aufgeführt sind; freilich ist dieser Urkunde ihre Unterschrift nicht beigesetzt. Allein es entsteht die Frage, ob das Steigerungs- und Fertigungsprotokoll oder die den Gläubigern als Forderungstitel ausgestellte „Anweisung" als eine öffentliche Urkunde zu betrachten sei und ihr ungeachtet der mangelnden Unterschrift in Ansehung des angegebenen Thatbestandes voller Glauben beigemessen werden müsse oder nicht. Was nun die äußere Form anbelangt, so trägt die Anweisung alle Merkmale einer öffentlichen Urkunde an sich und ist deßhalb blos zu untersuchen, ob der Gemeinderath in Sachen seines Amtes gehandelt habe (§. 132 der P.-O.) und folglich befugt gewesen sei, über die Steigerungsverhandlung eine öffentliche Urkunde zu errichten.

Es wurde nun die Liegenschaft einer Wittwe und ihrer Kinder, die durch Beistand und Vormund vertreten gewesen, an eine

öffentliche Steigerung gebracht. Die unmittelbare Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde bei der Steigerung war zwar nicht nothwendig; wenn aber der Gemeinderath in der Absicht, für die Interessen der Pflegbefohlenen besorgt zu sein, mehr gethan, als das Gesetz verlangt und geglaubt hat, der Steigerung einen amtlichen Charakter geben zu dürfen und wenn darum, wie das Protokoll erklärt, die Steigerung nicht nur mit Bewilligung, sondern unter Aufsicht der Waisenbehörde stattgefunden, so kann die Handlungsweise dieser Behörde, welche wenigstens gegen keine positive gesetzliche Vorschrift über die Obliegenheiten der Gemeinderäthe sich verfehlte, noch keineswegs als eine schlechthin unstatthafte und ihre gesetzliche Befugniß überschreitende bezeichnet werden.

War aber die Behörde, unter deren Mitwirkung die Steigerung stattgefunden, im Stande[1], die Richtigkeit der Verhandlungen infolge eigener Wahrnehmung zu beurkunden, so folgt daraus, daß die gleiche Behörde auch als befugt zu betrachten ist, über diese Verhandlungen Urkunden zu fertigen, welchen, weil sie von der gesetzlichen Behörde ausgegangen, die Eigenschaft öffentlicher Urkunden zukommt, und die so lange beweiskräftig sind, bis sie auf dem Untersuchungswege aufgehoben worden.

Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß auch eine abweichende Ansicht über die Gültigkeit und Beweiskraft der angerufenen Urkunden einige Berechtigung haben möge, aber eine offenbare Verletzung gesetzlicher Vorschriften und namentlich der des §. 132 der P.-O. der §§. 632, 633 und 788 des a. b. G. kann dem bezirksgerichtl. Urtheil nicht zum Vorwurf gemacht werden. U. v. 29. Nov. 1869.

§§. 790—797.

330. Bei Errichtung eines Darlehens wurde von N. N. für den Schuldner Bürgschaft geleistet und zwar in der Weise, daß derselbe sich als Bürge und Mitschuldner unterzeichnete. Als der Tag der Rückzahlung gekommen, forderte der Gläubiger die angeliehene Summe nicht vom Schuldner, sondern unter Hinweisung auf §. 778 des a. b. G. vom Beklagten, welcher die Zahlung wirklich leistete. Der Bürge belangte nun den Schuldner um Rückersatz des für ihn ausgelegten Betrages. Allein dieser letztere wendete ein, daß er dem Bürgen nicht die ganze Summe, sondern nur einen Theil davon zu ersetzen habe, indem dieser nicht bloß Bürge, sondern Bürge und Mitschuldner geworden, mithin durch Rückerstattung des Darlehens einen Theil seiner eigenen Schuldpflicht abgetragen habe.

Diese Einwendung des Schuldners war der hauptsächlichste Gegen-

stand richterlicher Erwägung, welche sich in folgende Sätze zusammenfassen läßt:

Der Beklagte geht von der Ansicht aus, er und der Bürge stehen auf der gleichen Verpflichtungslinie und es bestehe unter ihnen das Rechtsverhältniß der Mitschuldnerschaft (Korrealität), so daß der Kläger durch Bezahlung des Kapitals einen Theil seiner eigenen Schuldpflicht getilgt und daher keineswegs den Rückersatz des ganzen bezahlten Betrages, sondern nur eines entsprechenden Antheils zu fordern berechtigt sei. Allein diese Anschauungsweise des Beklagten ist eine unrichtige. Das bürgerliche Gesetzbuch, welches in seinem XI. Abschnitt die Vorschrift über den Bürgschaftsvertrag enthält, schreibt in §. 777 vor, daß der Bürge in der Regel erst dann belangt werden könne, wenn der Gläubiger beim Hauptschuldner keine Befriedigung findet und erklärt dadurch die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger als eine bloß subsidiäre. In §. 778 wird dann der Fall bestimmt, wo der Bürge nicht erst nach erfolgter Ausklagung des Schuldners, sondern sofort in erster Linie vom Gläubiger belangt werden kann, nämlich wenn er sich als Bürge und Mitschuldner unterzeichnet hat. Diese Art der Verpflichtung, welche im Falle vorhanden ist, muß somit als eine besondere Art der Bürgschaftsverbindlichkeit betrachtet und kann keineswegs mit der Hauptverbindlichkeit vermengt und derselben in allen Theilen gleichgestellt werden. Denn wenn auch der als Bürge und Mitschuldner Verpflichtete allerdings mit dem Hauptschuldner gemeinsam haftet, so ist diese gemeinsame Haftungspflicht doch nur als dem Gläubiger gegenüber bestehend anzusehen, wie dies auch im zweiten Satz des §. 778 des a. b. G. ausgesprochen ist, wenn er bestimmt: „In diesem Falle kann der Gläubiger den Hauptschuldner, den Bürgen, oder beide zugleich belangen." In concreto ist nun der Bürge von dem Hauptschuldner belangt worden und hat seiner Verpflichtung gemäß Bezahlung geleistet. Allein gerade durch diese Zahlungsleistung hat er den Hauptschuldner von dessen ursprünglicher Schuldpflicht gegen den Gläubiger befreit und steht dem Bürgen deßhalb nach Mitgabe des §. 790 des a. b. G. für seine volle Leistung das Rückgriffsrecht auf den Schuldner zu.

Diese Gesetzesvorschrift versteht aber unter dem zum Rückgriff berechtigten Bürgen nicht nur Denjenigen, der einfache Bürgschaft geleistet, sondern auch den, welcher sich als Bürge und Mitschuldner verpflichtet hat, wie dies aus der bisherigen Erörterung deutlich hervorgeht.

U. v. 20. Mai 1854.

331. K. hatte sich für eine Forderung des H. an S. im Betrage von Fr. 3000 als „Bürge und Mitschuldner" verpflichtet. Der

Gläubiger H. belangte den Bürgen um Bezahlung und dieser statt die Zahlung zu leisten, trat seinerseits gegen den Hauptschuldner S. klagend auf mit dem Begehren, es sei derselbe schuldig zu erklären, den Schuldbetrag von Fr. 3000 an den Gläubiger H. zu bezahlen.

Gegenüber dieser Klage machte der belangte Hauptschuldner dem Kläger die Legitimation zur Sache streitig und es frug sich — abgesehen von andern Vertheidigungsgründen — ob diese Einwendung eine begründete sei.

Gemäß §. 788 des a. b. G. kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Gläubiger berechtigt sei, mit Uebergehung des Hauptschuldners sofort den Bürgen um Bezahlung zu belangen, weil der Letztere sich als Bürge und Mitschuldner verpflichtet hatte. Wird aber der Bürge um Bezahlung angegangen, so ist §. 790 maßgebend, der vorschreibt: „Der von dem Gläubiger zur Bezahlung verhaltene Bürge (§§. 777 und 778) hat den Schuldner zur Zahlung aufzufordern. Zahlt der Schuldner nicht, so hat der Bürge für seine volle Leistung das Rückgriffsrecht auf den Schuldner. Bezahlt der Bürge, ohne den Schuldner aufgefordert zu haben, so ist dieser berechtigt, dem Bürgen die gleichen Einwendungen entgegen zu setzen, die er gegen den Gläubiger hätte geltend machen können."

Aus dieser Stelle ergiebt sich, daß, weil daselbst der §. 778 zitirt ist, der vom Gläubiger zur Zahlung verhaltene „Bürge und Mitschuldner" das Recht hat, den Hauptschuldner zur Zahlung aufzufordern. Wenn aber der Hauptschuldner der Zahlungsaufforderung nicht Folge leistet, so muß der Bürge selbst den Gläubiger befriedigen und er hat dann für dasjenige, was er dem Gläubiger zahlungsweise geleistet, das Rückgriffsrecht auf den Schuldner. Daraus folgt nun, daß der gegenwärtige Kläger, weil er sich für die fragliche Forderung als Bürge und Mitschuldner verpflichtete, nur mit der Regreßklage und keineswegs schon mit der — vorerst nur dem Gläubiger zustehenden und ihm noch nicht cedirten — primitiven Schuldklage gegen den Schuldner aufzutreten berechtiget sei. Erst wenn der jetzige Kläger vermöge geleisteter Bezahlung in die gläubiger'schen Rechte succedirt hat, besitzt er ein direktes Klagrecht gegen den erweislichen Hauptschuldner der Forderung. Dieses erhellt nicht nur aus dem angeführten §. 790, sondern namentlich auch aus der Vorschrift des §. 791, wonach der Bürge, der den Gläubiger bezahlt, eo ipso und ohne Einwilligung des Schuldners in die gläubiger'schen Rechte eintritt und die Cession der Forderungsurkunde vom Gläubiger verlangen darf, damit er mittelst derselben die bezahlte Schuld vom Schuldner regreßweise zurückfordern kann.

Der Kläger glaubt zwar, das ihm durch §. 790 gegen den Schuldner

eingeräumte Aufforderungsrecht begreife auch ein direktes Klagrecht gegen den letztern in sich. Allein abgesehen davon, daß diese Auslegung dem Wortlaute widerspricht, muß vielmehr aus den weitern Bestimmungen dieses Paragraphen gerade das Gegentheil gefolgert werden. Wäre nämlich dem Bürgen das direkte Klagrecht gegen den Schuldner vermöge einer gesetzlich fingirten Forderungsabtretung eingeräumt, so würde der 2. Satz dieses Paragraphen ein solches Recht als Folge der fruchtlos gebliebenen Zahlungsaufforderung dem Bürgen ausdrücklich zuschreiben. Allein anstatt dieses zu thun, wird dem Bürgen für den Fall, daß der Schuldner der Zahlungsaufforderung des Bürgen nicht nachkommt, nur das Rückgriffsrecht auf den Schuldner „für seine volle Leistung" eingeräumt. Die Leistung ab Seite des Bürgen muß aber selbstverständlich vorausgegangen sein, ansonst von einem Rückgriffsrecht auf den Schuldner nicht gesprochen werden kann.

Der Grund, weßhalb dem Bürgen und Mitschuldner das im §. 790 erwähnte Aufforderungsrecht gegen den Hauptschuldner eingeräumt ist, ergiebt sich theils aus der Natur der Sache, theils aus der Vorschrift des 2. Lemma dieses Paragraphen. Wer sich als Bürge und Mitschuldner verpflichtete, somit nach §. 778 mit dem Hauptschuldner gemeinsam haftet, könnte eigentlich dem ihn belangenden Gläubiger nicht die Einrede der Vorausklage (exceptio excussionis) entgegenhalten, weil er ja solidarischer Mitschuldner ist. Allein namentlich deßhalb, weil der zur Bezahlung verhaltene Bürge nicht wissen kann, ob allfällig der Hauptschuldner die Forderung schon getilgt, oder ob demselben sonstige Einreden, z. B. die Einrede der Verjährung, des Vergleichs, der Kompensation ꝛc., gegenüber dem Gläubiger zustehen, macht das Gesetz dem durch den Gläubiger belangten Bürgen zur Pflicht, den Schuldner zur Zahlung aufzufordern, d. h. ihm zu notifiziren, daß der Gläubiger vom Bürgen Bezahlung verlange und daß der Notifikat den Bürgen benachrichtigen soll, ob das Schuldverhältniß noch existent sei. Die Aufforderung ist somit eine Art von Streitverkündigung an den Hauptschuldner behufs Wahrung der Rückgriffsrechte des bezahlenden Bürgen.

Der jetzige Kläger darf also erst dannzumal gegen den erweislichen Hauptschuldner klagend auftreten, wenn er den Schuldner zur Zahlung aufgefordert und hernach den Gläubiger befriedigt hat, da er keine Abtretung von Seite des Gläubigers und kein Mandat zum Inkasso von demselben vorgewiesen. U. v. 26. September 1866.

332. Vier Personen hatten sich für eine Schuld verbürgt. Der Schuldner fiel in den Geldstag und der Gläubiger kam in demselben mit

seiner Forderung zu Verlust. Darauf bezahlten drei von den Bürgen die Schuldsumme und verlangten nachher von dem vierten Bürgen Rückersatz des für ihn bezahlten Viertheils. Dieser verweigerte indessen die Bezahlung aus dem Grunde, weil ihm die drei Mitbürgen vor ihrer Zahlungsleistung an den Gläubiger den Streit nicht verkündet hätten. Diese Einrede wurde aber nicht als erheblich erachtet.

Offenbar handelt es sich im Falle nicht um eine Währschaftsverpflichtung im Sinne der §§. 662 und 821 des a. b. G., hinsichtlich welcher der §. 38 der P.-O. sagt, daß die Unterlassung der Streitverkündung als eine Verzichtleistung auf das Recht zum Rückgriff und auf den Schadensersatz angesehen werden kann. Das Rückgriffsrecht eines Bürgen auf den Mitbürgen steht vielmehr unter besondern Rechtsnormen. Nach §. 781 des a. b. G. haften mehrere Bürgen, die sich für eine Schuld verpflichten, gemeinsam. Durch diese gemeinsame Haftbarkeit erhält laut §. 638 daselbst der Berechtigte das Recht, entweder einen einzelnen Verpflichteten für das Ganze oder jeden derselben für einen Theil zu belangen. Im erstern Falle tritt nach §. 640 der Gesammtverpflichtete, welcher das Ganze geleistet hat, gegenüber seinen Mitverpflichteten für die betreffenden Theile in die Rechte des Gläubigers. Der Bürge, für den die Mitverpflichteten bezahlt haben, befindet sich daher den Letztern gegenüber in derselben rechtlichen Stellung, in der er dem Gläubiger gegenüber gewesen wäre, falls ihn dieser für seine Bürgschaftspflicht direkt belangt hätte.

Der zahlende Bürge hat somit gegenüber seinen Mitverpflichteten keine selbstständige Rückforderungsklage wegen Entwährung, sondern die vom Gläubiger cedirte Klage aus dem Bürgschaftsvertrage. Werden aber die Rechte des Bürgen durch die Zahlung des Mitbürgen in keiner Weise alterirt, so ist eine der Zahlung vorausgehende Streitverkündung an den Mitbürgen irrelevant. Diese Ansicht findet auch ihre volle Bestätigung durch die Analogie mit §. 790 des a. b. G.

U. v. 16. April 1868.

333. Zufolge §. 777 des a. b. G. kann der Bürge erst dann belangt werden, wenn der Gläubiger beim Hauptschuldner keine Befriedigung findet; nun hatte der Gläubiger, nachdem seine Forderung im Geldstage des Schuldners verloren gegangen, nicht den angeblich Mitverpflichteten, sondern sogleich den Bürgen belangt. Dieser letztere hatte die Forderung bezahlt und sodann gegen jenen Mitverpflichteten des fallit gewordenen Schuldners Klage auf Ersatz des ausgelegten Betrages angehoben; dieser Mitverpflichtete hielt sich aber von jeder Verbindlichkeit befreit, da der Bürge, als er belangt wurde, unterlassen,

dem Zahlungsbegehren die Einrede der Vorausklagung des Hauptverpflichteten entgegenzuhalten, folglich jeder Anspruch gegenüber dem Mitverpflichteten erloschen sei. — Das Bezirksgericht folgte dem Gedankengang des Beklagten, nicht so aber wurde die Sache vom Obergericht aufgefaßt.

Wohl schreibt §. 777 des a. b. G. vor, daß der Bürge erst dann belangt werden kann, wenn der Gläubiger durch den Hauptschuldner nicht befriedigt wird. Allein diese Gesetzesbestimmung ist eine Rechtswohlthat für den Bürgen, auf welche er verzichten kann, ohne daß ihn deßhalb nachtheilige Folgen treffen. Der §. 791 des a. b. G. enthält eine allgemeine Bestimmung, daß der den Gläubiger bezahlende Bürge an des letztern Stelle tritt; es wird dabei nicht unterschieden, ob der Bürge gleich von Anfang an oder erst nach Austreibung des Schuldners bezahlt habe; ja die Natur der Sache bringt es mit sich, daß diese Gesetzesstelle gerade von dem Falle handelt, wo der Bürge, ohne die Belangung des Schuldners abzuwarten, den Gläubiger befriedigt; denn in den meisten Fällen hat die Abtretung einer Forderung an den Bürgen keinen Zweck, wenn der Schuldner einmal vergeldstagt ist.

Die hier erörterte Ansicht wird auch noch als die richtige bestätigt durch §. 825 des a. b. G. In dieser Gesetzesbestimmung ist allgemein vorgeschrieben, daß, wenn jemand für einen andern Zahlung leistet, er an die Stelle des Gläubigers tritt. Nun ist nicht abzusehen, warum ein beliebiger Dritter, welcher den Gläubiger Namens des Schuldners befriedigt, besser bestellt sein soll, als ein Bürge.

U. v. 13. März 1868.

334. Der Schuldner einer Forderung von Fr. 2000 wurde von den Bürgen im Sinne des §. 792 des a. b. G. um Sicherstellung angegangen. Als der Schuldner diese nicht geleistet, wurde die Bürgschaft aufgekündet und infolge dessen vom Gläubiger die Betreibung gegen denselben angehoben. Die Bürgen hatten hierauf den Gläubiger befriedigt und alsdann am Platze des letztern vom Schuldner Bezahlung der Fr. 2000 anbegehrt.

Vom Schuldner wurde namentlich hervorgehoben, daß die Forderung noch nicht fällig sei, indem dieselbe nach der darüber errichteten Urkunde erst nach Verfluß von acht Jahren bezahlt werden müsse.

Diese Vertheidigung steht nun aber im Widerspruch mit §. 792 des a. b. G., gemäß welchem der Bürge berechtigt ist, vom Schuldner Sicherstellung zu verlangen und die Forderung, wenn er dieselbe innert 30 Tagen nicht leistet, zahlungsfällig wird. Dieses

Recht der Bürgen auf Sicherheitsleistung und die Folgen der Unterlassung dieser letztern müssen in allen Fällen als wirksam betrachtet werden, gleichviel, ob für die verbürgte Forderung eine Verfallzeit bestimmt worden oder nicht und ob der festgesetzte Zahlungstermin verstrichen, oder ob derselbe noch nicht abgelaufen. Ist nun aber die Forderung deßhalb, weil der Schuldner dem Begehren um Sicherstellung nicht entsprochen, fällig geworden, so haben die Bürgen zufolge §. 785 des a. b. G. das Recht der Aufkündung erworben und als sie dieses Recht dann auch zur Anwendung gebracht, war der Gläubiger berechtigt und verpflichtet, die Betreibung gegen den Schuldner anzuheben.

Nachdem diese letztere wirklich eingeleitet und infolge des Rechtsdarschlages des Schuldners die Klage rechtshängig geworden, erlangten die Bürgen, welche an den Gläubiger Zahlung geleistet, die Befugniß, die Klage des letztern aufzunehmen, weil dieselben in dessen Rechte eingetreten sind. §. 791 des a. b. G. U. v. 28. April 1858.

335. J. V. erhob am 5. Sept. 1853 beim Staate Aargau ein Kapital von Fr. 6000. Die Schuldurkunde vom gleichen Tage bestimmt, daß das Kapital nach Verfluß der nächstfolgenden sechs Jahre auf eine zuvor geschehene, jedem Theil freistehende halbjährige Aufkündung hin zurückbezahlt werden solle. H. A., welcher für fragl. Kapital Bürgschaft geleistet, hatte vor Ablauf der sechs Jahre, nämlich im August 1856, den Schuldner zur Sicherheitsleistung bezüglich dieser Bürgschaft aufgefordert, unter der Androhung, daß, wenn diesem Verlangen binnen 30 Tagen nicht entsprochen würde, die Schuld durch Kündung der Bürgschaft zur fälligen gemacht würde.

Da der Schuldner dieser Aufforderung keine Folge gegeben, hatte H. A. die Bürgschaft in dem Sinne aufgekündet, daß der Gläubiger für seine Forderung binnen 30 Tagen Betreibung erheben und dieselbe ohne Einwilligung des Bürgen nicht einstellen solle, ansonst sich dieser der Bürgschaft entbunden halten würde. Hierauf eröffnete der Kläger wirklich die Betreibung gegen den Schuldner; dieser letztere aber schlug Recht dar und hielt der in Folge dessen gegen ihn geführten Klage unter anderm entgegen, das Anleihen sei auf sechs Jahre kontrahirt worden, nach §. 708 des a. b. G. könne der Kläger die Schuld vor Ablauf der festgesetzten sechsjährigen Zahlungsfrist nicht einfordern und müsse der Einforderung des Kapitals jedenfalls die bedungene Aufkündung vorangehen.

Daß die Forderung in Folge der Unterlassung der vom Bürgen verlangten Sicherheitsleistung zahlungsfällig geworden, konnte angesichts

des zweiten Satzes des §. 792 des a. b. G. nicht bezweifelt werden. Was die Aufkündung des Kapitals anbetrifft, so wurde befunden:

In §. 792 werde nicht ausgesprochen, welche Folgen an die Zahlungsfälligkeit der Forderung bezüglich des Bürgen und des Gläubigers geknüpft seien. Es werde aber jene Vorschrift durch den angerufenen §. 785 ergänzt, d. h. es werde durch diese Citation festgesetzt, daß alle Bestimmungen des §. 785 auch auf die im Sinne des §. 792 fällig gewordene Forderung anzuwenden seien, daß somit für den Gläubiger die Pflicht erwachse, innert 30 Tagen die Betreibung anzuheben, wenn die Bürgschaft rechtlich aufgekündet werde, daß aber auch, wenn eine Aufkündung bedungen worden, vor allem aus die letztere und zwar innert 30 Tagen vorzunehmen und nach Ablauf der Aufkündungsfrist innerhalb gleicher Zeit die Betreibung zu beginnen sei.

Daß die verabredete Aufkündung nicht unterlassen werden dürfe, erhelle auch aus der Analogie des §. 584 des a. b. G., welcher vorschreibe: „Durch die stückweise Veräußerung des Grundpfandes werden die darauf versicherten Forderungen fällig, doch muß die Aufkündung, wenn eine solche bedungen ist, der rechtlichen Einforderung vorangehen."

Die Klage wurde sonach insofern als voreilig abgewiesen, als der rechtlichen Einforderung des Kapitals eine halbjährige Aufkündung vorauszugehen hatte. U. v. 14. August 1857.

Zweites Hauptstück.

Von Rechten und Verbindlichkeiten, welche durch Beschädigungen entstehen.

---

§§. 798—812.

336. Im Jahr 1842 hatte der Gemeinderath von Zufikon einem Bürger der Gemeinde auf einen bloßen Schuldschein, sonach ohne grundpfändliche Sicherheit zu verlangen, einen Kapitalbetrag von Fr. 136 a. W. aus dem Schulgute angeliehen. Da im Jahr 1851 der Schuldner in

den Geldstag gefallen und das Guthaben des Schulfonds in Verlurst gerathen, so wurden die Mitglieder der Verwaltungsbehörde vom Jahr 1842 von dem im Jahr 1852 bestandenen Gemeinderath zum Ersatz des Verlurstes angehalten.

Die Beklagten hielten dem Anspruche, den sie bestritten, unter anderm folgende Behauptung entgegen: Es hätten seit dem Jahr 1842 wiederholt periodische Wahlerneuerungen und Veränderungen in den Personen der Gemeindebehörde und infolge dessen Uebergabe und Uebernahme des Gemeindevermögens stattgefunden, wodurch die Verantwortlichkeit auf die neue Behörde übergegangen sei, die deßhalb auch für den Verlurst zu haften habe, zumal die Forderung leicht hätte sicher gestellt oder einbringlich gemacht werden können.

Allein trotz dieser Vertheidigung wurden die Beklagten zur Bezahlung verurtheilt, indem man fand:

Die Beklagten haben das Schulgut unter persönlicher Verantwortlichkeit (§. 61, 91 und 95 des Gde.-Organisationsgesetzes vom 26. Nov. 1841) zu verwalten gehabt. Der §. 206 des Schulgesetzes vom 8. Herbstmonat 1836 schreibe vor, daß Kapitalien von Fr. 50 bis 100 gegen Garantie von wenigstens zwei habhaften und im Kanton angesessenen Bürgen, Kapitalien über Fr. 100 aber nur gegen unterpfändlich verschriebene Liegenschaften von zweifachem Werthe ausgeliehen werden dürfen; dieser Vorschrift seien die Beklagten nicht nachgekommen, indem das Anleihen, obgleich Fr. 100 übersteigend, auf eine bloße Obligation ohne Unterpfänder gemacht worden sei. Frage man aber weiter, ob der fragliche Verlurst von den Beklagten zu ersetzen sei, so müsse unter Umständen auch diese Frage bejaht werden. Es genüge nämlich, um die Beklagten ersatzpflichtig zu erklären, an der Thatsache, daß das Anleihen unter ihrer Verwaltung stattgefunden und dann im Geldstage des Schuldners verloren gegangen sei. Zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung der Schuld und demjenigen des eingetretenen Verlurstes liege zwar ein Zeitraum von neun Jahren, während welchem andere Personen an die Stelle der Beklagten als Gemeindebeamte getreten und die Verwaltung des Gemeindevermögens übernommen hätten. Allein sei auch dadurch allerdings die gesetzliche Pflicht der fernern Fürsorge und die Verantwortlichkeit für das Gemeindegut auf diese andern Personen übergegangen, so seien deßhalb die frühern Beamten der Verantwortlichkeit für ihre Verschuldungen nicht entbunden worden.

U. v. 18. August 1854.

337. Der Schulgutsverwalter einer Gemeinde, der verschiedene für den Schulfond eingenommene Beträge theils in seinen Nutzen ver-

wendet, theils ungesetzlich angelegt, fiel in den Geldstag, in welchem der fragliche Fond mit einer beträchtlichen Summe zu Verlurst gewiesen worden. Infolge dessen wurden von Seite der Gemeinde die Mitglieder des Gemeinderaths um Ersatz des verloren gegangenen Betrages eingeklagt und auch zur Bezahlung verurtheilt.

Die Haftbarkeit der Gemeinderäthe für die Handlungen des Schulgutspflegers ergiebt sich aus den Vorschriften des gemeinderäthlichen Organisationsgesetzes. §. 91 daselbst enthält nämlich die Bestimmung, daß der Gemeinderath nach der ihm festgesetzten Kompetenz die Gemeindeeinkünfte, so wie das Gemeindearmen- und Schulgut verwalte und §. 95 schreibt vor: „Der Gemeinderath legt jährlich über alle Zweige seiner Verwaltung Rechenschaft und Rechnung ab. Er ist für die Verwaltung in seiner Gesammtheit oder einzelnen in sein Mitgliedern für sich und seine Angestellten verantwortlich. Das Rückgriffsrecht gegen die letztern bleibt ihm jedoch vorbehalten."

Was nun aber die Verwaltung des Schulguts im Besondern anbelangt, so besagt §. 93 des (frühern) Schulgesetzes: „Das Gemeindeschulgut und die Schulkasse werden unter Aufsicht des Gemeinderathes, des Bezirksschulrathes und des Kantonsschulrathes von einem eigens in jeder Gemeinde aufgestellten, vom Gemeinderath inner oder außer seiner Mitte gewählten Schulgutspfleger verwaltet."

Aus dieser letztern Bestimmung wollen die Beklagten ableiten, daß sie der Gemeinde nicht für die ganze Verwaltung des Schulgutspflegers überhaupt, sondern nur für dasjenige haften, was infolge ihrer eigenen Saumseligkeit in der Aufsicht an demselben verloren gegangen. Diese Ansicht ist aber im Widerspruch mit den klaren Vorschriften der §§. 91 und 95 des gemeinderäthlichen Organisationsgesetzes und unhaltbar. Aus diesen Bestimmungen erhellt deutlich, daß die Gemeinde befugt ist, für ungerechtfertigte Verlurste in der Gemeindeverwaltung sich unmittelbar an den Gemeinderath als den gesetzlichen Verwalter aller Gemeindegüter zu halten, indem die einzelnen Verwalter nur dem Gemeinderath, dieser aber für die Gesammtverwaltung der Gemeinde Rechenschaft und Rechnung zu geben hat.

U. v. 24. September 1858.

338. Die Gemeinde Zuzgen führte eine Klage folgenden Inhalts: Am 7. April 1857 habe der Regierungsrath der Gemeinde Zuzgen bewilligt, jedes Jahr eine Juchart Tannwald abzutreiben, das Holz auf öffentlicher Steigerung zu verkaufen und den Erlös zur Bezahlung der Kapitalschulden zu verwenden. Dem Gemeinderath aber sei obgelegen gewesen, einen eigenen Verwalter außer seiner Mitte zu bestellen. Dieser

Verwalter habe die Instruktion erhalten, den Erlös des verkauften Holzes zu beziehen und zur Tilgung der Schulden unter persönlicher Verantwortlichkeit zu gebrauchen. — Für den öffentlichen Verkauf von Bauholz seien folgende Bedingungen festgestellt worden: 1. Jeder Käufer des ersteigerten Holzes sei gehalten, die Kaufsumme bis 1. Mai an den Kassier zu bezahlen und das Holz bis 1. August aus dem Walde zu schaffen. 2. Das ersteigerte Holz bleibe unterpfändlich verhaftet, bis die volle Kaufsumme erlegt sei, wofür dem Gemeindebannwart die Zahlungsbescheinigung vorzuweisen sei. — Als die Rechnung des Verwalters pro 1861 einen Ausstand von Fr. 3920. 60 verzeigt, habe die obere Passationsbehörde die Fehlbaren — Rechner oder Gemeinderäthe — für den Erstanzenbezug verantwortlich gemacht. Das Gleiche sei geschehen, als sich in der Rechnung von 1862 ein Verlurstbetrag von Fr. 1822. 66 gezeigt, herrührend aus den Geldstagen von B. Hollinger, G. Kym und B. Wunderlin.

Nachdem die Justizdirektion die gegen die Genannten bewilligte Vollstreckung aufgehoben, sei die Sache richterlich auszutragen und werde gegen die Verwalter und die damals im Amte gestandenen Mitglieder des Gemeinderaths das Klagbegehren ans Recht gesetzt: „Die Beklagten seien in solidarischer Haftung zu verurtheilen, der Gemeinde Zuzgen den Verlurst, der ihr laut den der Klage beiliegenden Schuldentilgungsrechnungen von dem Erlös von versteigertem Holz im Betrag von Fr. 1822. 66 erwachsen, nebst Verzugszins davon von 4% je vom Verfalltag jedes einzelnen Verlurstpostens an, zu ersetzen."

In dieser Sache wurde befunden: Was den Verwalter anbetreffe, sei demselben obgelegen gewesen, den Erlös des verkauften Holzes zu beziehen und zur Tilgung von Kapitalschulden der Gemeinde zu verwenden; andere Verpflichtungen habe er nicht übernommen, namentlich nicht die, die Holzversteigerungen selbst zu leiten, die Steigerungsbedingnisse zu vollziehen und darüber zu wachen, daß kein Holz ohne vorherige Bezahlung aus dem Walde abgeführt werde. Die Vorwürfe gegen diesen Beklagten seien auf die ganz allgemein gehaltene Behauptung zurückzuführen, daß derselbe in Bezug auf die Einhebung der Ausstände von verkauftem Holz nachlässig gewesen sei. Es seien jedoch in der Klage keine Thatsachen nachgewiesen, aus welchen gefolgert werden könne, daß derselbe den Bezug der Ausstände auf eine in hohem Grad tadelnswerthe, die gewöhnliche Sorgfalt eines aufmerksamen Haushälters hintansetzende Weise außer Acht gelassen habe. Diesem Beklagten gegenüber müsse daher die Klage verworfen werden.

Anbelangend die beklagten Gemeinderathsmitglieder, so werde denselben der Vorwurf gemacht, daß sie die Leitung der Steigerungen und

die Vollziehung der Steigerungsbedinge, so wie die Sorge für die Sicherstellung des Holzerlöses und den richtigen Eingang desselben vernachlässigt hätten. Aber auch hier fehle der Beweis für diese der Klage zum Stützpunkt dienenden Behauptungen und ohne diesen Beweis sei die Klage auf Schadensersatz nicht gerechtfertigt, denn die Thatsache des erlittenen Verlurstes an und für sich begründe noch keineswegs die Folgerung, daß die Mitglieder des Gemeinderaths ihre Pflicht verabsäumt und dadurch den Schaden der Gemeinde herbeigeführt hätten. Es bedürfe nur eines prüfenden Blicks auf die oben angeführten Steigerungsbedingungen, um sich zu überzeugen, daß dieselben nicht in jeder Hinsicht alle wünschbare Sicherheit für die Gemeinde dargeboten und daß gerade in diesen Bedingungen eine Veranlassung des eingetretenen Verlurstes zu finden sei. Die Erlegung des Kaufpreises hätte nach diesen Bedingungen der Abfuhr des ersteigerten Holzes vorausgehen und die Zahlungsbescheinigung jedesmal dem Gemeindebannwart vorgewiesen werden sollen. Dieses möchte vielleicht genügt haben, insofern der Bannwart seiner Pflicht nachgekommen wäre; wenn derselbe aber unbezahltes Holz pflichtwidrig habe abführen lassen und die Zuwiderhandelnden auch nicht zur Bestrafung verzeigt habe, so sei die Gemeinde gefährdet worden und die Schuld eines Verlurstes treffe zunächst den Bannwart, nicht aber den Gemeinderath, von dem nicht ohne weiters vorauszusetzen sei, daß er zu diesen unerlaubten Holzabfuhren mitgewirkt, oder daß er davon zur rechten Zeit Kenntniß erhalten und sich in der Möglichkeit befunden habe, denselben mit Erfolg entgegenzutreten. Die klagende Gemeinde scheine von der Ansicht auszugehen, daß der Gemeinderath, der im allgemeinen für das Eigenthum und die Forderungen der Gemeinde dieser verantwortlich sei, nach Inhalt des Gemeinde-Organisationsgesetzes auch für jede Schuld und jeden Schaden, den einer seiner Angestellten verursache, der Gemeinde hafte und dafür einzustehen habe.

Diese Ansicht sei aber, in dieser Allgemeinheit ausgesprochen, eine offenbar irrthümliche, sie würde gerade zu abenteuerlichen Konsequenzen führen. Ganz gewiß könne eine Gemeinde Verlurste erleiden, die nicht einem bloßen Zufall zuzuschreiben seien, die zu ersetzen aber doch Niemand — wenigstens der Gemeinderath nicht — pflichtig sei und namentlich könnten auch Angestellten der Gemeindebehörde dienstliche Vergehen zur Last fallen, deren Folgen unter gewissen Voraussetzungen die vorgesetzte Behörde nicht zu vertreten hätte. Es dürfe wohl in dieser Beziehung der auch in andern Verhältnissen allgemein anerkannte Grundsatz Geltung und Anerkennung finden, daß die Gemeinde, welche ihren Gemeinderath um Schadensersatz belange, den Nachweis zu leisten habe,

daß der die Gemeinde treffende Schaden durch gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen der verwaltenden und ihre Angestellten beaufsichtigenden Behörde mittelbar oder unmittelbar herbeigeführt worden sei.

Es komme indessen dem Gemeinderath noch eine besondere gesetzliche Bestimmung zu gut, welche geeignet sei, das Gesagte zu unterstützen. In §. 95 des gemeinderäthlichen Org.-Gesetzes sei der Grundsatz ausgesprochen, daß der Gemeinderath für die Verwaltung in seiner Gesammtheit oder einzeln in seinen Mitgliedern für sich und seine Angestellten verantwortlich sei. Das Gesetz verweise in dieser Beziehung ausdrücklich auf §. 61 des gleichen Gesetzes und wenn man diese Gesetzesstelle unbefangen und im Zusammenhang mit andern in diesem Abschnitt zusammengestellten Bestimmungen prüfe, so überzeuge man sich unschwer, daß das Gesetz die unbedingte Verantwortlichkeit für Handlungen und Unterlassungen seiner Angestellten nur mit Bezug auf solche Angestellte aussprechen wollte, welche mit einer **Vermögens-** oder **Geldverwaltung** betraut seien. In dieser Stellung befinde sich der Gemeindebannwart wenigstens in der Regel nicht. Sofern ihm eine Kasse übergeben sei, treffe allerdings der Grundsatz des §. 95 auch auf ihn zu. Allein seine hauptsächlichsten Funktionen seien polizeilicher Natur und in dieser Eigenschaft sei er nicht der einfache Mandatar des Gemeinderaths, sondern handle in eigenem Namen und auf eigene Verantwortlichkeit. Für Handlungen und Unterlassungen des Bannwarts sei daher der Gemeinderath nicht ohne Weiteres verantwortlich, sonst müßte beispielsweise der Gemeinderath für jeden Holzfrevel einstehen, den der Bannwart pflichtwidrig nicht verzeige, was doch unmöglich im Sinn und Willen des Gesetzes liegen könne. Sei daher im Fragefall der Bannwart in Beaufsichtigung der Holzabfuhr nachlässig gewesen, so trage er die Verantwortlichkeit und könne nicht ohne anders der Gemeinderath dafür nachgenommen werden. — Die Klage wurde daher auch bezüglich der Gemeinderathsmitglieder abgewiesen.

339. Im Jahr 1857 wurde die Straße durch das Dorf Degerfelden einer Korrektion unterworfen. Der Eigenthümer einer an der Straße daselbst gelegenen Gebäulichkeit erhob in Folge dessen gegen den Staat eine Entschädigungsklage, indem er anbrachte: Durch die Korrektion sei die Straße um etwa 8 Fuß erhöht und gegen sein, des Klägers, Eigenthum mit Randsteinen eingefaßt worden. Dadurch hätten seine Gebäulichkeiten zwei wesentliche Nachtheile erlitten, indem bei Regenwetter und namentlich bei Platzregen das Wasser von der Straße herunter auf den Vorplatz und zu den Gebäulichkeiten fluthe und ferner

die freie Kommunikation mit der Straße, die Zufahrt zur Scheune, die Möglichkeit, das Vieh aus- und einzutreiben, verloren gegangen sei.

Vom Staate wurde die Pflicht zum Schadensersatz grundsätzlich bestritten, weßhalb die Frage in Erörterung kam: Ob der Staat überhaupt in einem Falle, wie der vorliegende, zur Leistung von Schadensersatz verhalten werden könne.

Bei dieser Erörterung wurden nachfolgende Gesichtspunkte als entscheidend angesehen.

§. 19 der Staatsverfassung enthält die Bestimmung, daß das Eigenthum unverletzlich sei und daß zur Abtretung desselben der Eigenthümer, außer in den durch die Bundesverfassung bezeichneten Fällen, nur durch Dekret des Großen Rathes, wenn es das öffentliche Wohl erfordert, gegen volle daherige Entschädigung angehalten werden könne. Zufolge der erwähnten Bestimmung kann also Niemand genöthigt werden, sein Eigenthum abzutreten, es sei denn, daß ihm dafür volle Entschädigung geleistet werde.

Wenn nun durch die Verfassung die Abtretung des Eigenthums von voller Entschädigung abhängig gemacht wird, so ergiebt sich hieraus die Folgerung, das der Staat, wenn er im Interesse des öffentlichen Wohls Straßenverbesserungen vornimmt, zum Schadensersatz verpflichtet ist, sobald er zu diesem Zwecke Privateigenthum gebraucht, sei es, daß er das Eigenthum in seinem ganzen Umfange in Anspruch nimmt, oder daß er demselben in der Weise zu nahe tritt, daß er einen Theil der den Inbegriff des Eigenthums bildenden Rechte beansprucht und beeinträchtigt.

Dieser aus der Verfassung abgeleitete Satz findet seine Begründung auch in verschiedenen vom Großen Rathe getroffenen Anordnungen, z. B. in §. 11 des Dekrets vom 11. Febr. 1857 über Erbauung einer Ortsverbindungsstraße zwischen Wettingen und Oettelfingen, in §. 9 und 13 des Dekrets vom 28. Mai 1858 über den Bau einer neuen Straße zwischen Lenzburg und Wildegg, wo eine Entschädigung nicht nur für das zum Straßenbau in Anspruch genommene Land, *sondern auch für in irgend einer Weise verändertes Eigenthum* zugesichert wird. U. v. 26. Februar 1862.

340. Die Besitzer des sogenannten Geißhofes in Unterlunkhofen erhoben gegen den Staat Aargau eine Civilklage, mit folgendem Inhalte: Sie seien Eigenthümer der Güter des Geißhofes, welche auf dem rechten Reußufer bei Unterlunkhofen liegen und sich von der Mündung des daselbst gebauten neuen Reußkanals an hinunter bis gegenüber dem Kloster Hermetschwyl erstrecken. Vor Anlegung des neuen

Reußkanals habe sich längs dem rechten Ufer ein circa 20—25 Fuß breites Gehölz zwischen der Reuß und einer die Geißhofgüter flankirenden Feldstraße befunden. Das Land des Geißhofes habe sich bis zur Mitte der jetzt auf dem linken Ufer sich hinziehenden Kiesbank erstreckt. Seit dem Bau des neuen Reußkanals sei nun jenes Gehölz nebst der Feldstraße und einem sehr großen Theil, circa 9 Jucharten und 40 Bäumen des klägerischen Landes in die Tiefe der Reuß gesunken und diese drohe immerfort, noch mehr zu verschlingen. Dieses Unheil habe der Staat Aargau wesentlich in Folge der Art und Weise, wie die Reuß oberhalb den Geißhofgütern kanalisirt worden, verschuldet und dazu habe auch noch die spätere Beseitigung des Mühlewuhrs bei Hermetschwyl mächtig mitgewirkt. Die Kläger belangen daher den Staat Aargau grundsätzlich für Ersatz des Schadens, der ihnen an ihrem Land im Geißhof in Folge der bewerkstelligten Reußkorrektion und Nichtanbringung schützender Vorkehren erwachsen sei und noch erwachsen werde.

Der beklagte Theil hielt unter anderm der Klage die Einwendung entgegen: Dem Staate falle in der ganzen Angelegenheit kein Verschulden zur Last, welches einen Schadensersatzanspruch, die Anwendung des §. 799 des a. b. G., begründen könnte. Die vorgenommene Korrektion sei keine gesetzwidrige, zu einem Anspruch auf Schadensersatz berechtigende Handlung, sondern nur ein Ausfluß der Hoheitsrechte des Staates, eine Vollziehung des großräthlichen Dekretes, durch welches die fragliche Korrektion angeordnet worden. Das diesfällige Vorgehen des Staates liege in seiner Berechtigung und Pflicht und könne er deßhalb nicht zur Leistung von Schadensersatz verhalten werden.

Hinsichtlich der grundsätzlichen Frage, ob der Staat, wenn durch die fragliche Reußkorrektion die Geißhofbesitzer an ihrem Eigenthum wirklich einen Schaden erlitten haben oder noch erleiden werden, zu dessen Ersatz rechtlich verpflichtet sei, wurde befunden: Die Klage sei eine reine Schadensersatzklage; den Klägern liege der Beweis des erlittenen und noch zu befürchtenden Schadens und der Ursache desselben ob, beziehungsweise ihnen stehe das Recht zum Beweise zu, insofern der Staat nicht schon grundsätzlich und abgesehen von den besondern Verhältnissen von jeder Pflicht zur Schadloshaltung frei erklärt werden müsse.

Die beklagte Partei glaube dieses, sie nehme diese Freiheit für sich in Folge ihrer Hoheitsrechte in Anspruch und behauptete, daß ihr in Ausübung derselben kein Verschulden zur Last falle, welches sie nach dem Gesetze zu einem Schadensersatze verpflichten könnte. Das Recht des Staates, im Interesse des öffentlichen Wohles oder zum Nutzen einer Landesgegend großartige, die Kräfte der Einzelnen überschreitende

und zugleich das Eigenthum der Bürger gefährdende oder in Anspruch nehmende Werke zu errichten, namentlich Flußkorrektionen zu unternehmen, sei nicht in Frage; es handle sich nur darum, ob, wenn die öffentlichen Einrichtungen und Anstalten des Staates das Privateigenthum Einzelner gefährden und dieselben in offenbaren Schaden bringen, diese den Schaden als ein zufälliges unglückliches Ereigniß an sich tragen müssen.

Diese Frage sei unbedenklich zu verneinen, denn es sei wohl ein Fundamentalsatz des öffentlichen Rechtes des Landes, daß, wenn auch in Bezug auf die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit seiner Einrichtungen der Staat dem Einzelnen nicht verantwortlich sei und unter gewissen Voraussetzungen über dessen Eigenthum verfügen dürfe, der Staat hingegen in Bezug auf die Pflicht zum Ersatze eines Schadens, der dem Privateigenthum in Folge staatlicher Einrichtungen und Anordnungen und allfälliger auch unvorhergesehener Wirkungen derselben erwachse, einem Privatmanne ganz gleich stehe und kein Privilegium besitze. Die Verfassungen des Kantons seit 1830 erklärten das Eigenthum als unverletzlich; nur gegen volle Entschädigung dürfe der Staat darüber verfügen und in §. 799 des a. b. G. werde die allgemeine Verbindlichkeit zum Ersatze eines jeden nicht rein zufälligen und ganz unverschuldeten Schadens ausgesprochen.

Aus dieser Darstellung ergebe sich somit die grundsätzliche Verpflichtung des Staates, den Klägern den ihnen durch die Reußkorrektion entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen; es verstehe sich von selbst, daß es Aufgabe der Kläger sei, die Behauptung, daß ihnen wirklich ein Schaden erwachsen, sowie den Umfang und die Ursache des Schadens beweislich aufrecht zu stellen. U. v. 14. März 1861.

341. Es darf als erstellt angenommen werden, daß der am 21. August 1869 in Ezgen stattgehabte Brand, wodurch fast das ganze Dorf eingeäschert worden, durch den sechsjährigen Knaben Hermann Zumsteg, Sohn des Fridolin Zumsteg von Ezgen, verursacht wurde.

Die Mutter des Knaben, die ihn mit sich auf das Feld genommen, hatte ihn heimgeschickt, damit er an eine ältere Schwester einen Auftrag ausrichte; er hatte diese, ohne sie anzutreffen, in der Wohnstube und Nebenkammer gesucht und in der letztern ab einem Laden über dem Bett seiner Mutter einige Zündhölzchen genommen, davon hinter dem Hause an einem Stück Holz eines entzündet und wie es ihn an die Finger gebrannt, dasselbe weg und ins Dach geworfen.

Bei rechtlicher Würdigung dieser Sache ergiebt sich Folgendes: Betrachte man die Vorschriften des Gesetzes in Betreff der Rechte und

Verbindlichkeiten, welche durch Beschädigungen entstehen, so enthalte der §. 807 des a. b. G. die Bestimmung: „Beschädigt ein Kind, ein Wahnsinniger oder Blödsinniger Jemanden, der zur Beschädigung weder angereizt, noch durch sein Verschulden Anlaß gegeben, so ist zum Voraus derjenige für den Schaden verantwortlich, welchem derselbe wegen Vernachlässigung der ihm über den Beschädiger anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann; sodann der Beschädiger selbst."

Das Gesetz über das Brandversicherungswesen besage: der Eigenthümer eines abgebrannten Gebäudes, wenn dessen Fahrlässigkeit die Ursache des Brandes bilde, sei je nach dem Grad der Fahrlässigkeit zur ganzen oder theilweisen Tragung des Brandschadens zu verurtheilen; bestehe aber die Ursache des Brandes in der Fahrlässigkeit eines Gliedes der Familie des Eigenthümers, so könne diesem letztern ein Theil des Brandschadens auferlegt werden.

Endlich bestimme das gleiche Gesetz: wenn die Ursache des Brandes nicht in der Fahrlässigkeit des Eigenthümers liege, so sei derjenige, welcher dieser Fahrlässigkeit schuldig erfunden werde, je nach dem Grad derselben zum ganzen oder theilweisen Ersatz des von der Anstalt ausgerichteten Brandschadens zu verurtheilen.

Die Bestimmung des bürgerlichen Gesetzes und diejenige des Brandassekuranzgesetzes unterscheiden sich wesentlich dadurch, daß jenes zwar in erster Linie denjenigen für verantwortlich erkläre, dem die Obsorge über den Beschädiger obgelegen, in zweiter Linie aber auch den Beschädiger, also auch das „unmündige Kind" selbst, dieses aber den Nachweis von schuldbarer Nachlässigkeit erheische, sei es auf Seite des Beschädigers oder desjenigen, dem die Obsorge über diesen obliege. — Das bürgerliche Gesetz sei nun im Falle nicht anwendbar, denn diese Vorschrift könne nur auf Fälle Bezug haben, wo kein spezielles Gesetz dem Richter die leitenden Grundsätze an die Hand gebe; für die Beurtheilung der vorwürfigen Sache sei aber das Brandversicherungsgesetz vom 21. Christmonat 1865 maßgebend und demnach zu untersuchen, ob nach §. 61 dem Hauseigenthümer oder einem Familienglied desselben, beziehungsweise dem Fridolin Zumsteg, der nach dem Abschätzungsverbal als Eigenthümer des Hauses Nr. 10 lit. C erscheine, in welchem der Brand entstanden, oder dessen Knaben, Hermann Zumsteg, eine Fahrlässigkeit zur Last falle.

Was nun den Vater Zumsteg anbelange, so gehe aus der Untersuchung hervor, daß ihm keinerlei Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne.

Auch die Mutter habe sich einer solchen nicht schuldig gemacht, sie habe den Knaben mit sich auf's Feld genommen, und wenn sie ihn in

ihre nicht weit entfernte Wohnung geschickt, um einen Auftrag zu verrichten, so müsse es lediglich als ein Zufall betrachtet werden, daß derselbe seine ältern Geschwister nicht zu Hause getroffen und dann den unglücklichen Einfall gehabt, sich über dem Bette seiner Mutter einiger Zündhölzchen zu bemächtigen und damit in einer für ihn unberechenbaren Weise zu spielen.

Auch in Bezug auf die Verwahrung der Zündhölzchen könne den Eltern Zumsteg kein Vorwurf gemacht werden, zumal es sich ergebe, daß dieselben unmittelbar unter der Zimmerdecke in einer den Kindern unzugänglichen Höhe aufbewahrt worden, und wenn auch Frau Zumsteg zum nöthigen Gebrauch während der Nacht einige Zündhölzchen über ihrem Bette aufbewahrt, so ergebe sich auch bezüglich auf diese, daß dabei die erforderliche Sorgfalt obgewaltet habe, indem der diesfällige Verwahrungsort dem Kinde nur mittelst Besteigung des Bettes erreichbar gewesen sei.

Was schließlich den Knaben Hermann Zumsteg selbst anbelange, so könne bei seinem Alter von 6 Jahren von „Fahrlässigkeit" gar nicht die Rede sein, so wenig als von „böser Absicht" (dolus); es hieße die menschliche Natur verläugnen, wollte man einem Kinde von diesem Alter zumuthen, den möglichen Erfolg einer Handlung oder Unterlassung zum voraus zu berechnen oder einzusehen, da ihm ja die Fähigkeit, über irgend eine Sache sich ein richtiges Urtheil zu bilden, des gänzlichen abgehe.

Das bezirksgerichtliche Urtheil, welches die Brandassekuranzkasse zur Bezahlung des gesammten Brandschadens verfällte, wurde daher im Sinne dieser Erwägung bestätigt.

342. Dem 18jährigen K. Sch. wurde vom 14jährigen J. G., mit dem er in Streit gerieth, mit einem Arzneifläschchen ein Schlag ins Gesicht versetzt und in Folge Zerbrechens des Glases ihm auf der Wange eine Wunde beigebracht, welche wegen Verletzung zweier Arterien sich als sehr gefährlich herausstellte.

Der Verletzte führte Klage gegen den Vater des Thäters auf Schadensersatz und gründete seinen Anspruch auf §. 807 des a. b. G.,

Es ergiebt sich nun mit Sicherheit, daß eine unmittelbare Schuld an der fraglichen Verletzung dem beklagten Vater nicht beigemessen werden kann, da derselbe, als die Verwundung stattfand, gar nicht zugegen war, überhaupt kein Moment vorliegt, welches auf eine direkte Verschuldung schließen läßt.

Allein auch eine mittelbare Schuld, welche nach der angeführten Gesetzesstelle zur Verantwortlichkeit genügt, läßt sich auf Seite des Be-

klagten nicht herausfinden. Zwar gesteht er zu, seinem 14jährigen Knaben ein Arzneifläschchen mit dem Auftrag übergeben zu haben, Oel zu holen. In der Uebergabe eines solchen unter Umständen allerdings gefährlichen Gegenstandes liegt aber in concreto keine Vernachlässigung der dem Vater über seinen unmündigen Sohn zukommenden Obsorge.

Nach Lage der Akten muß angenommen werden, der Sohn sei körperlich und geistig normal entwickelt; wenn dieses aber der Fall, so durfte ihm, da er das 14. Altersjahr bereits zurückgelegt, ohne Bedenken der Auftrag gegeben werden, in einem Glasfläschchen Oel zu holen. Die vom Gesetzgeber den Eltern auferlegte Obsorge über ihre Kinder darf nicht so weit ausgedehnt werden, daß halberwachsene an der Grenze der Zurechnungsfähigkeit stehende Kinder beständig unter persönlicher Aufsicht zu halten seien.

Eine solche Aufsichtspflicht widerstreitet dem Leben und kann in den gewöhnlichen ländlichen und bürgerlichen Verhältnissen unmöglich gefordert werden. — Die Klage wurde daher angebrachtermaßen abgewiesen. U. v. 13. April 1870.*

* Folgende Darstellung enthält ein Erkenntniß, welches den Vater eines unmündigen Knaben zum Ersatze des durch ihn gestifteten Schadens verurtheilt.

Der zehnjährige Hermann Rüetschi, Sohn des Jakob Rüetschi von Aarau, hatte mit einem Steine eine Zündkapsel aufgeschlagen und dadurch ein vierjähriges Knäblein des Hermann Zimmermann, welches in der Nähe gewesen, am Auge, in das ein Metallsplitter geflogen, schwer verletzt. — Die Experten sagen, das Auge des Knäbleins Zimmermann sei blind und könne dasselbe nicht mehr geheilt oder gebessert werden.

Der Vater des Knäbleins Zimmermann forderte Entschädigung und in diesem Falle wurde der Vater des Hermann Rüetschi in erster Linie als schadensersatzpflichtig erklärt. — Man fand nämlich:

Bei Beurtheilung der Frage, wer die Folgen des unglücklichen Vorfalls zu tragen habe, Hermann Rüetschi oder sein ebenfalls belangter Vater, oder beide zugleich, leuchte ohne weitere Begründung ein, daß dem erstern eine Schuld im Sinne des §. 799 des a. b. G. nicht zur Last falle; derselbe sei zur Zeit des unglücklichen Ereignisses nicht volle 10 Jahre alt, folglich noch ein unzurechnungsfähiges Kind gewesen und müßte gemäß §. 804 des a. b. G. unbedingt freigesprochen werden, wenn der §. 807 nicht eine Ausnahme statuirte, die hier Anwendung finde und eine Verpflichtung zum Schadensersatze auch für Hermann Rüetschi wenigstens in zweiter Linie zur Folge haben müßte.

Aus dieser Vorschrift des Gesetzes ergebe sich aber zugleich, daß der Vater Rüetschi in erster Linie wegen Vernachlässigung der ihm über sein Kind zustehenden Aufsicht und Obsorge für den Schaden einzustehen habe. Derselbe habe seinen Knaben im ungestörten Besitz von Zündkapseln, die er als Kadet, nicht ohne Vorwissen seines Vaters, erhalten haben werde, gelassen, ohne ihn vor den möglichen Folgen auch nur zu warnen; obwohl

ihm nicht habe unbekannt sein müssen, wie leicht ein so gefährliches Spielzeug in den Händen unvorsichtiger Kinder mißbraucht werden und welche Folgen mit der Entzündung dieser Kapseln verbunden sein könnten. Diese Thatsache beurkunde immerhin eine Vernachlässigung der jedem Vater oder Vormund obliegenden Pflicht der steten Beaufsichtigung und strengen Ueberwachung und sie begründe, als die nächste Veranlassung zu dem eingetretenen Unfall, nach Inhalt der erwähnten Gesetzesstelle die Verbindlichkeit des Vaters zum Ersatze des entstandenen Schadens. —

Der zu ersetzende Schaden wurde zu Fr. 1500 bestimmt.

U. v. 17. Jenner 1868.

343. Als in einer Gemeinde der Umbau eines öffentlichen, d. h. eines Gemeindegebäudes vorgenommen wurde, stellten die damit beschäftigten Bauleute auf den der Fahrstraße entlang sich hinziehenden Fußgängerpfad eine Pflastermulde, ohne daß dabei während der Nachtzeit irgend welche den Verkehr sichernde Maßregel getroffen worden.

Eines Abends, als die Dunkelheit schon eingetreten, fiel F. K., welcher auf fraglichem Fußpfade ging, in die mit Kalk gefüllte Pflastermulde, wodurch dessen Kleider in erheblichem Maße beschädigt, er selbst aber in der Weise verletzt worden, daß er ärztliche Hülfe in Anspruch nehmen mußte. Unter Hinweisung auf die §§. 799, 810 und 811 des a. b. G. und die §§. 23 und 24 des Strassenreglements verlangte der Verletzte von dem Gemeinderath Ersatz des erlittenen Schadens, den er im Ganzen zu Fr. 136. 30 berechnete.

Nachdem der beklagte Gemeinderath sich dahin hatte vernehmen lassen, daß die Arbeiten an der fraglichen Stelle im Akkord und nicht von Angestellten der Gemeinde ausgeführt worden, daß der Gemeinderath die Entfernung der Pflastermulde angeordnet, den Fehlbaren zur Strafe gezogen und damit seiner Pflicht Genüge geleistet, hatte das Bezirksgericht die Klage als nicht gerechtfertigt verworfen, das Obergericht dann aber, welches den Anspruch des Klägers als begründet ansah, das gerichtliche Erkenntniß als an offenbarer Gesetzesverletzung leidend aufgehoben.

Die mit Kalk gefüllte Pflastermulde wurde — so fand man — zur finstern Nachtzeit offen gelassen, ohne daß irgend eine die Vorübergehenden warnende oder schützende Vorkehr bestanden hätte. Der Unfall wurde also durch eine ahndungswürdige polizeiwidrige Handlung veranlaßt.

Als Polizeibehörde hat der Gemeinderath für die Sicherheit und gefahrlose Benützung der öffentlichen Straßen in der Gemeinde zu sorgen, er übernimmt infolge seiner gesetzlichen Stellung dem Publikum gegenüber eine gewisse Verantwortlichkeit und haftet diesem unter Umständen für Handlungen und Unterlassungen seiner Bevollmächtigten und Angestellten,

die hinwider ihm verantwortlich sind. Im Falle liegt in der That der Schluß nahe, daß die Ortspolizeibehörde für das Versehen oder das polizei- und pflichtswidrige Benehmen des angestellten Arbeiters oder des Uebernehmers der Arbeit dem Kläger einzustehen hat.

Ganz unzweifelhaft erscheint aber die Haftungspflicht des beklagten Gemeinderathes in seiner Eigenschaft als Bauherr oder Unternehmer eines Baues an einer öffentlichen Strasse in der Gemeinde. In dieser Beziehung befindet sich der Gemeinderath in der gleichen Stellung, wie jeder Privatmann, der einen Bau aufführt und dabei durch ordnungswidrige Handlungen oder Unterlassungen Jemanden Schaden zufügt. Gleichwie die durch polizeiwidrige Vorkehren der Arbeiter des Bauherrn Beschädigten berechtigt sind, sich zunächst an diesen — den Bauunternehmer — zu halten, so kann auch der Gemeinderath in seiner Eigenschaft als Bauherr seiner Haftpflicht nicht entgehen.

Die Haftpflicht des Gemeinderathes läßt sich aber auch aus positiven Gesetzesvorschriften ableiten. §. 811 des a. b. G. findet nämlich auf vorliegenden Fall seine Anwendung. Erscheint das Mißgeschick des Klägers an sich als ein unglücklicher Zufall, so hat hinwider dieser Zufall seinen Grund in dem Verschulden eines Andern und dieser dafür verantwortliche Andere ist eben der Bauunternehmer. U. v. 15. Februar 1859.

Drittes Hauptstück.

Von der Umänderung und von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erster Abschnitt.

Von der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

§§. 813—822.

344. In dem Vergleiche liegt das Wesen einer Novation (eines Neuerungsvertrages). Die §§. 813, 814 und 815 des a. b. G., und zwar in der Richtung der vollständigsten Abolition des frühern Rechtsverhältnisses, könnten wohl nicht schlagender auf einen Novationsfall

passen, als auf denjenigen, welcher durch einen Vergleich zu Stande kommt.

Daß dem Vergleiche die durchgreifendste Rechtswirkung hinsichtlich der totalen Umänderung des Grundes der Verbindlichkeit zugestanden werden muß, ergiebt sich ganz besonders aus der in §. 817 des a. b. G. enthaltenen Definition desselben. Aus dieser Definition geht hervor, daß beim Vergleichsabschlusse das unter den Paciszenten vorher gewaltete Rechtsverhältniß nicht mehr als ein zu Recht bestehendes anzusehen ist, vielmehr der Vergleich den Zweck hat, an der Stelle des alten Rechtsverhältnisses ein ganz neues, andere Rechte, andere Verbindlichkeiten zu begründen. U. v. 14. April 1862.

345. In einem Geldstag wurde eine Forderung angemeldet und zugleich ein Pfandrecht auf Fahrhabe des Schuldners dafür in Anspruch genommen.

Von Geldstagsgläubigern wurde die Gültigkeit dieses Pfandrechtes angefochten, mit dem Anbringen: das Pfandrecht werde auf eine Vollstreckung gegründet, die, gestützt auf einen sogenannten friedensrichterlichen Vergleich, welcher zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner zu Stande gekommen, bewilligt und so vollzogen worden, daß die Pfändung von Fahrhabegegenständen des Schuldners stattgefunden habe. Dieser Vergleich sei aber nichtig, weil er nicht auf vorangegangenen Differenzen beruhe und auch keine Betreibung stattgefunden, sondern die Parteien im gegenseitigen Einverständniß vor den Friedensrichter getreten und daselbst den Vergleich einzig deßhalb abgeschlossen, um eine exekutionsfähige Urkunde zu erhalten und auf diese Weise den Gläubigern, welche den ordentlichen Betreibungsweg betreten haben, zuvor zu kommen.

Bei Prüfung der Frage: ob der Vergleich auf Rechtsgültigkeit Anspruch machen könne, wurde vor Allem dessen Wortlaut ins Auge gefaßt, welcher in Folgendem besteht:

„Auszug aus dem Verhandlungsprotokoll des Friedensrichters des Kreises X. (Datum.)

Es sind auf freien Vortritt erschienen: N. N. einerseits und Y. Y. anderseits und geben folgenden Vergleich zu Protokoll:

Y. Y. erklärt anmit, dem N. N. Fr. 35,378 schuldig zu sein und verspricht selbe an den Letztern sofort zu bezahlen. N. N. erklärt sich mit dieser Schuldverpflichtung zufrieden und begehrt sofort einen Auszug.

Unterschrift des Gläubigers N. N.

„ „ Schuldners Y. Y."

Dieser Akt erweist sich nun lediglich als ein vor dem Friedensrichter abgelegtes Schuldbekenntniß und hat nicht die Natur und Wesenheit

eines friedensrichterlichen Vergleiches, wie derselbe in §. 48 des friedensrichterlichen Organisationsgesetzes berührt ist. Der in dieser Gesetzesstelle erwähnte Vergleich besteht nämlich in der Hebung und Ausgleichung streitiger Rechtsverhältnisse, welche von den Parteien vor den Friedensrichter gebracht werden. §. 45 des friedensrichterlichen Organisationsgesetzes sagt, daß, wenn beide Parteien vor dem Friedensrichter erscheinen, dieser zum Behuf der Vermittlung sich vor Allem ihre Streitsache mündlich vortragen lassen solle. §. 46 schreibt vor, daß der Friedensrichter sich bemühen solle, die Streitenden durch angemessene Vorstellungen zu vereinigen und unter ihnen eine friedliche Ausgleichung zu Stande zu bringen. Nach §. 47 hat der Friedensrichter, wenn die Streitenden sich vergleichen, den Vergleich sofort schriftlich abzufassen, und nach §. 48 erweist sich dann ein so vor dem Friedensrichter zu Stand gekommener Vergleich als eine vollstreckungsfähige Urkunde. Hieraus ergiebt sich, daß der friedensrichterliche Vergleich ein Akt sei, wodurch Differenzen, streitige Fragen, welche zwischen den Parteien walten, gelöst und ausgeglichen werden.

Daß der Vergleich den soeben beschriebenen Charakter an sich trage, wird auch durch §. 817 des b. G. bestimmt, welcher lautet: „Der Vertrag, durch welchen streitige oder zweifelhafte Rechte in der Weise bestimmt werden, daß die Vertragschließenden sich etwas zu geben, zu thun oder zu unterlassen verpflichten, heißt Vergleich." Der erwähnte friedensrichterliche Akt hat aber keineswegs die Regulirung eines streitigen Rechtsverhältnisses zum Gegenstande; zwischen den Kontrahenten hat über das Objekt des Vertrages nie ein Zwiespalt bestanden und ist der Machenschaft auch keine Betreibung vorangegangen; sie kann daher nicht als eine vollstreckungsfähige Urkunde betrachtet werden und muß die auf jener Machenschaft beruhende Pfändung als eine nichtige dahinfallen. U. v. 26. Februar 1863.

346. Hr. August Gundlach in Basel, der sich von der Ehefrau des Joh. Martin Schmid von Ober-Ehrendingen zur Vergütung von Transportkosten, die durch die Auswanderung nach Amerika entstanden, einen Betrag von Fr. 600 cediren ließ, anerbot beim Mangel einer Cessionsurkunde den Beweis der stattgefundenen Abtretung gegenüber dem Schuldner Viktor Schmid von Ober-Ehrendingen durch Zeugen zu erbringen.

Das Bezirksgericht erkannte auf diesen Beweis und sprach, nachdem derselbe gelungen, dem Herrn Gundlach den Klagschluß zu, während derselbe die Prozeßkosten unter den Parteien wettschlug.

Der Prozeßkostenentscheid ist aber nicht als ein der Sachlage ent-

sprechender anzusehen. Der Kläger stützte das Recht zur Einklagung der Forderung auf die Behauptung, daß dieselbe ihm von der Ehefrau des Joh. Martin Schmid zur Vergütung von Transportkosten für Auswanderung nach Amerika abgetreten worden und daß sie ihm zu diesem Behufe einen ihr aus dem Geldstag ihres Ehemannes für ihre Weibergutsansprache zugekommenen Gantauszug und einen auf erfolgte Exekution von dem Beklagten als Schuldner ins Pfand gesetzten Fertigungsauszug gegen die Brüder Leonz und Blasi Frei übergeben habe. Es war also Aufgabe des Klägers, den Uebergang dieser Forderung auf ihn durch Vorlage der betreffenden Urkunden nebst einer Cession nachzuweisen; er erklärte sich aber außer Stand, dies zu thun, weil er die Urkunden vermisse. Der Beklagte anerkannte, die fragl. Fr. 600 schuldig zu sein, stellte aber die Abtretung derselben an den Kläger in Abrede; er konnte mit Fug die Cession widersprechen, weil er nicht pflichtig war, die für ihn fremde Thatsache zu kennen; ja, die Verneinung war geradezu sachgemäß, indem er sich sonst der Gefahr ausgesetzt hätte, die Schuld doppelt bezahlen zu müssen.

Wenn nun wegen dieses mangelnden Cessionsbeweises ein Prozeß entstund und dieser Beweis erst vermittelst der Zeugeneinvernahme erbracht werden mußte, so trägt an diesem Verfahren einzig der Kläger die Schuld, weil, wenn er gleich anfangs den ihm obliegenden Ausweis geleistet hätte, zufolge der unumwundenen Schuldanerkennung des Beklagten der Rechtsstreit unterblieben wäre. Dem Kläger mußten daher auch die Folgen des Streites, d. h. die Prozeßkosten auferlegt werden. U. v. 15. Jenner 1856.

347. Gegenüber einer Ansprache, deren Fundament vom Kläger in einer Cession erblickt werden wollte, stellte der Beklagte in Abrede, daß die letztere für ihn von rechtsverbindlicher Wirkung sei, weil keine schriftliche Urkunde über die Abtretung vorliege.

Der Einwurf mangelnder Schriftlichkeit der Abtretung ist aber ohne Bedeutung, weil nach §. 632 des a. b. G. es freigestellt ist, bei Abschließung von Verträgen sich der schriftlichen oder mündlichen Form zu bedienen und eine Ausnahme von dieser Regel hinsichtlich der Abtretungen durch das Gesetz nicht geschaffen wird. U. v. 20. Oktober 1859.

348. Eine Forderung, die dem B. als Gläubiger zugestanden, wurde von diesem dem Schuldner abgetreten, welcher letztere die gleiche Forderung dann dem M. cedirte.

M. hatte aber deßhalb kein Forderungsrecht erworben, denn dadurch, daß der Gläubiger die Forderung auf den Schuldner übertrug, ist dieselbe

durch Vereinigung von Gläubiger und Schuldner in einer Person erloschen. Die Abtretung einer nicht mehr bestehenden Forderung ist aber rechtlich nicht denkbar und konnte daher für M. durch die fragl. Cession kein Anspruch begründet werden; dafür nämlich, daß durch die an M. erfolgte Cession ein neues Forderungsverhältniß entstanden, d. h. daß dem Cedenten der Gegenwerth der abgetretenen Summe übergeben worden, bieten die Akten keinerlei Nachweis. U. v. 12. März 1868.

349. A hatte dem B eine Partie Bauholz verkauft und B dieses Holz dann in der Intention dem C überlassen, daß dieser letztere dem A gegenüber als Käufer erscheine. Als hierauf C den Verkäufer A um die Erfüllung der durch den Vertrag übernommenen Verpflichtung angehalten, bestritt er ihm die Legitimation zur Sache, da er nur mit B, nicht aber mit C kontrahirt, dazu aber, daß dieser letztere an die Stelle des Käufers trete, nicht eingewilligt habe und daher demselben aus dem Kontrakte keinerlei Rechtsansprüche erwachsen seien.

C berief sich auf §. 819 des a. b. G. und bemerkte, daß es dieser Einwilligung des Verkäufers nicht bedurft habe, weil die Vertragsabtretung vom Käufer B an ihn an und für sich eine vollständige Uebertragung der demselben zugestandenen Rechte bewirkt habe.

Der zitirte §. 819 kann aber dem C nicht zu statten kommen, denn aus den Bestimmungen unseres Gesetzes über die Abtretung erhellt zur Genüge, daß dieselben bloß auf Schuldforderungen Bezug haben und wirft man einen Blick in das gemeine Recht, so erscheint auch gegenüber den dortigen Grundsätzen über Cession die geltend gemachte Theorie geradezu als unrichtig.

Zur Legitimation des C ist daher erforderlich, daß er mit Zustimmung des A in das Vertragsverhältniß eingetreten sei.

U. v. 28. Dezember 1865.

§§. 823—832.

350. Wird der Abtreter auf dem Regreßwege um Bezahlung des cedirten Betrages angegangen, so haftet er nie für mehr, als er vom Uebernehmer erhalten hat. §. 823 des a. b. G.

Hat der Cedent als Währschaftsträger dem Cessionar nur einen Theil der abgetretenen Forderung zu ersetzen, so ist er nicht berechtigt, zu verlangen, daß der ganze Einschlag, den er dem Cessionar gestattete, von der Regreßforderung des letztern in Abzug gebracht werde, sondern ist der von der eingeklagten Summe abzurechnende Einschlag nach dem

Verhältniß desjenigen Schuldbetreffnisses auszumitteln, für welches der Abtreter und Währschaftsträger in Wirklichkeit einstehen muß.

U. v. 18. November 1870.

351. Der aarg. Bank wurden am 22. August 1864 Fr. 3659. 35 abgetreten. Der Cedent gestattete der Bank den Abzug einer Provision von 6 % = Fr. 219. 55, so daß ihm gegen die Verpflichtung, für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung gesetzliche Währschaft zu tragen, die Summe von Fr. 3439. 80 baar ausbezahlt wurde. Nachdem die Bank den Hauptschuldner und Bürgen ausgeklagt und mit Fr. 1954. 46 zu Verlurst gewiesen worden, verlangte sie vom Abtreter und Währschaftsträger die Bezahlung dieses Betrages.

Der belangte Währschaftsträger trat dem Klagetheil mit der Ansicht entgegen, daß die seiner Zeit abgezogene Provision von Fr. 219. 55 in Abrechnung fallen müsse, indem er nach §. 823 des a. b. G. nicht für mehr hafte, als er vom Uebernehmer der Forderung erhalten habe.

Die Klägerin ließ sich die Abrechnung in der Beschränkung gefallen, daß derjenige Betrag der Provision in Abzug falle, welchen es auf den zu Verlurst gerathenen Theil der abgetretenen Forderung treffe und reduzirte demgemäß die in der Klage geforderte Summe um Fr. 117. 26.

Diese letztere Berechnungsweise muß als richtig befunden werden, denn es steht ihr die Logik und das Recht zur Seite. Bei der Abtretung wurde stipulirt, daß sich der Beklagte je Fr. 6 von Fr. 100 der cedirten Forderung als Provision in Abzug bringen lassen müsse, was auf die Summe von Fr. 3659. 35 einen Betrag von Fr. 219. 55 ergiebt. Der Beklagte kann also mit keinem Schein eines Grundes behaupten, daß ihm diese Fr. 219. 55 von der eingeklagten Forderung von Fr. 1954. 46 abzuziehen seien, sondern die Bank hatte ihm hievon lediglich die vertragsmäßigen 6 % oder Fr. 117. 26 abzuschreiben.

U. v. 20. Dez. 1869.

352. J. J. Kuhn von Bünzen hatte dem Johann Hasler in Lenzburg eine Forderung an Vinzenz Späni von Kestenberg im Betrage von Fr. 847 abgetreten. In der Abtretung bekannte Kuhn, vom Uebernehmer den übereinkunftsgemäßen Gegenwerth der Abtretungssumme durch Rechnung empfangen zu haben und er versprach für Richtigkeit und Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung nebst Zins und Folgen unbedingte Währschaft.

Nachdem über den Schuldner Späni der Geldstag ausgebrochen, hatte Johann Hasler, ohne die Erledigung des Geldstages abzuwarten, den Cedenten und Währschaftsträger Kuhn um Bezahlung jener Summe von Fr. 847 eingeklagt.

Das Obergericht wies die Klage als eine voreilige ab und besprach dann auch noch die Einrede des nicht zugezählten Geldes gegenüber der auf dem Cessionsakt enthaltenen Erklärung des J. J. Kuhn, daß er auf diese Einrede Verzicht leiste.

Die diesfällige Auffassung der Behörde geht dahin: Dieser Verzicht erscheine schon deßhalb als unverbindlich, weil die Berner G. S., welche für den Fall maßgebend gewesen, allen Wucher als strafbar bezeichne und die Wirksamkeit eines solchen zur Handhabung guter Sitten aufgestellten Gesetzes nicht von der Privatwillkür abhangen könne (§. 7 des a. b. G.).

Die Frage, ob dem erwähnten Verzicht rechtliche Bedeutung zukomme, löse sich aber auch an der Hand des §. 823 des a. b. G., welcher sage: Der Abtreter hafte bezüglich der Forderung nie für mehr, als er von dem Uebernehmer erhalten habe. Der Cedent habe also nie für mehr einzustehen, als ihm vom Uebernehmer ausbezahlt worden, er sei sonach selbst dann nicht für mehr haftbar, wenn er auch auf die Einrede des nicht zugezählten Geldes Verzicht geleistet.

U. v. 17. Jenner 1854.

353. Die Vorschrift von §. 823, wornach der Abtreter nie für mehr haftet, als er vom Uebernehmer erhalten, wurde auch im nachstehenden Falle Gegenstand der Erörterung.

Der für eine beim Hauptschuldner verloren gegangene Forderung belangte Bürge berief sich auf die erwähnte Gesetzesbestimmung in dem Sinne, daß er nur für jenen Betrag als haftbar erscheine, welcher dem Cedenten ausbezahlt worden. Dieser Gesetzesbestimmung konnte sich aber der Beklagte nicht getrösten. Wie bereits bemerkt, ist der Beklagte in der Eigenschaft als Bürge belangt worden, derselbe ist deßhalb für die ganze cedirte Forderung haftbar, denn er hat für die Forderung in ihrem effektiven Bestand Bürgschaft geleistet und kommt ihm daher die erwähnte aus §. 823 genommene Einwendung so wenig zu statten, als sie vom Schuldner selbst mit Erfolg geltend gemacht werden könnte. U. v. 30. Juni 1870.

354. Der letzte Indossatar eines Wechsels belangte — mit Ueberspringung seiner Vorgänger — den ersten Indossanten für den Verlust, welchen er im Geldstag des Wechselausstellers erlitten hatte. Da sämmtliche Interessenten nicht wechselfähig waren und somit nicht wechselrechtliche Grundsätze zur Anwendung kommen konnten, sondern das Verhältniß nach den Grundsätzen einer gewöhnlichen Cession zu beurtheilen war, so entstand die Frage, ob der Kläger berechtigt sei, mit Umgehung seiner unmittelbaren Vorgänger den ersten Abtreter zu belangen.

Die Frage war zu verneinen. Schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergiebt es sich, daß ein Schadensersatzanspruch aus einem obligatorischen Rechtsverhältniß nur gegen denjenigen gerichtet werden kann, der mit dem Forderer in ein obligatorisches Verhältniß eingetreten ist. Eine entgegengesetzte Auffassung würde zu der ganz unstatthaften Konsequenz führen, daß aus einem obligatorischen Verhältniß statt der persönlichen auch eine dingliche Klage hervorgehen müßte. Der §. 663 des a. b. G. bestimmt aber auch ausdrücklich: „Der Uebernehmer kann bloß von demjenigen Währschaft fordern, von welchem er die Sache erhalten; diesem steht das Rückgriffsrecht auf seinen Vorgänger zu." Im Einklang mit dieser Gesetzesvorschrift legt auch der §. 821 des a. b. G., welcher speziell die Währschaft bei Abtretung von Forderungen normirt, wiederum nur dem Uebertrager der Forderung eine Haftpflicht gegenüber dem Uebernehmer auf und schließt daher ebenso wie die Vorschrift des §. 663 die Zulässigkeit einer Währschaftsklage von Seite des Cessionars gegen den Rechtsvorgänger des Cedenten aus.

U. v. 14. April 1868.

355. Die Schutzbehauptung theilweiser Zahlung einer Forderung wurde vom Beklagten auf das Anbringen gestützt, daß er dem Kläger einen Wechsel im Betrage von Fr. 186 übermittelt habe, mit dem Ersuchen, sich an dem Aussteller hiefür auf seine, des Beklagten, Rechnung zu erholen und ihm den Betrag gut zu bringen.

Es genügt nun aber zur Begründung der Einrede nicht, daß der Schuldner einseitig eine Anweisung ausgestellt habe, sondern es ist ferner erforderlich, daß der Gläubiger den in der Anweisung erhaltenen Auftrag angenommen (§. 831 des a. b. G.). Eine solche Annahme ist aber vom Kläger in Abrede gestellt und durch die Akten keineswegs dargethan. Anders verhielte es sich freilich, wenn der fragliche Wechsel durch Indossament auf den Kläger übergegangen wäre, weil in diesem Falle die rechtliche Vermuthung für den Uebergang der Forderung auf den Indossaten spräche. Die Wechselurkunde hat aber nicht zu den Akten gebracht werden können und der Kläger widerspricht, daß ein Indossament stattgefunden habe. Zur Rechtfertigung der Schutzbehauptung der Zahlung durch Wechselanweisung ist aber der Beweis dieser Thatsache durchaus nothwendig, sowie der weitern Thatsache, daß der Kläger diesen Wechsel behalten habe, welcher Beweis dem Beklagten denn auch auferlegt wurde. U. v. 24. Jenner 1861.

356. Nach §. 832 des a. b. G. haftet der Abtreter oder Anweiser für eine abgetretene oder angewiesene Forderung noch drei Jahre

vom Tage der Abtretung oder Anweisung an, wenn die Forderung bereits verfallen und wenn sie nicht verfallen, drei Jahre über die Verfallzeit hinaus.

Es hatte nun der Cessionar in termino sein Regreßrecht gegen den Cedenten nicht geltend gemacht, dagegen aber behauptet, der Ablauf der Währschaftszeit sei dadurch unterbrochen worden, daß er den Schuldner und die Bürgen inzwischen rechtlich verfolgt habe.

Diese Ansicht wird aber durch den bestimmten Wortlaut des §. 832 ausgeschlossen. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Fassung dieses Paragraphen der elegantia juris nicht sonderlich Rechnung trägt. Denn wenn das Gesetz im §. 855 bezüglich der zehnjährigen Verjährung den Grundsatz aufstellt: „so lange ein Recht nicht geltend gemacht werden kann, läuft die Verjährung nicht", wenn es im §. 824 vorschreibt: „der Uebernehmer kann den Abtreter erst dann belangen, wenn von dem Schuldner und seinen allfälligen Bürgen nichts erhältlich ist", so wäre es juristisch konsequent gewesen, die Verjährungsdauer der Währschaftspflicht des Abtreters nicht vom Tage der Abtretung resp. der Verfallzeit an zu berechnen, sondern ihren Anfang an denjenigen Zeitpunkt zu knüpfen, in welchem die Voraussetzungen zur Anstellung der Regreßklage vorhanden sind. Allein der Wortlaut des §. 832 läßt eine dahin zielende Absicht des Gesetzgebers nicht erkennen und dem Richter steht es nicht zu, einem Gesetze einen andern Sinn beizulegen, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorgeht (§. 12 des a. b. G.).

Das Rechtsgeschäft der Abtretung ist ein komplizirtes, zu Streitigkeiten mannigfacher Art Anlaß bietendes. Um solchen möglichst vorzubeugen, hat das Gesetz Bestimmungen treffen müssen, welche nicht nur die Rechte und Pflichten der verschiedenen beim Rechtsgeschäfte betheiligten Personen genau regeln, sondern auch eine rasche, endgültige Erledigung desselben bedingen. Diesem letztern Zwecke entspricht der §. 832 in einer Weise, die die schleunige Lösung des Obligationenverbandes anstrebt, ohne die aus demselben abzuleitenden Rechte, falls sie wirklich gewahrt werden wollen, zu gefährden, beziehungsweise, ohne mit den §§. 824 und 855 in ernsten Widerspruch zu gerathen.

Ist aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß unter besondern ausnahmsweisen Umständen die Währschaftsdauer ausläuft, ohne daß der Cessionar die Regreßklage hätte anstellen können, so genügt diese Möglichkeit noch nicht, dem §. 832 entgegen seinem Wortlaut einen Sinn zu unterbreiten, der eine dem Rechtsleben schädliche Unsicherheit bezüglich der Grenzen der Währschaftspflicht mit sich brächte.

U. v. 28. Februar 1867.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

§§. 833—844.

357. Gegenüber einer Forderung für gelieferte Waaren vertheidigte sich der Beklagte mit der Einrede der Zahlung, indem er anführte, die Bezahlung habe „innert den ersten vierzehn Tagen vom Bezug der Waare hinweg stattgefunden und zwar im Comptoir des Klägers an einen Angestellten desselben, ohne daß er — Beklagter — sich aber mit Bestimmtheit erinnern könne, an welchen Angestellten." Es frug sich nun, ob in dieser der beklagtischen Einrede zu Grund liegenden Thatsache eine Unbestimmtheit liege, vermöge welcher nach §. 234 der P.-O. der Richter auf den angetragenen Beweis durch den gegnerischen Haupteid nicht erkennen dürfe und könne.

Diese Frage wurde — entgegen der bezirksgerichtlichen Auffassung — in verneinendem Sinn beantwortet und zwar aus folgenden Gründen: Die Schutzbehauptung enthalte zwei verschiedene faktische Angaben, nämlich daß die Zahlung innerhalb 14 Tagen vom Empfang der Waaren im Lokal des Klägers stattgefunden habe und dann, daß sie an einen Angestellten desselben geschehen sei. Was nun die erstere Beziehung anbetreffe, so erhelle auf den ersten Blick, daß in der Bezeichnung der Zeit der Zahlung keine erhebliche Unbestimmtheit walte: der Zeitraum innert 14 Tagen müsse vernünftiger Weise als hinlänglich „circumstanzirt" angesehen werden, widrigens der Beweis der Zahlung in allen Fällen verworfen werden müßte, in welchen die letztere nicht unter Angabe eines bestimmten Tages (warum nicht auch einer bestimmten Tageszeit oder gar der Stunde?) behauptet worden wäre. Eine solche Annahme widerstreite einer bisherigen konstanten Praxis im Beweisverfahren. Aber auch in der Bezeichnung, an wen die Zahlung stattgefunden habe, liege keine Unbestimmtheit, man müßte denn voraussetzen, daß der Zahlende gesetzlich censirt sei, den Namen der Person — hier des Angestellten in einem Handlungshause — jeweils zu kennen.

Der §. 767 des a. b. G. laute: „Die Geschäftsführer und die „Angestellten von Handels- und Gewerbsleuten sind in Hinsicht der „ihnen zur Besorgung anvertrauten Geschäfte als Bevollmächtigte an„zusehen." Es ergebe sich hieraus, daß der Beklagte somit auch an einen Angestellten des Klägers bezahlen durfte; mit keinem Worte aber sei von dem letztern verneint, daß er einen Angestellten in seinem Geschäft zu jener Zeit der angeblichen Zahlung überhaupt gehabt habe.

Wiederum wäre es daher zu eng gegriffen, aus dem Umstande, daß dem Zahlenden der Name des Empfängers nicht genau bekannt sei, auf eine den Beweis ausschließende Unbestimmtheit und Allgemeinheit abzustellen, was wiederum der bisherigen Praxis — hervorgegangen aus einer durch das Leben gebildeten Anschauung im Verkehr — widerstreiten würde. Die bezeichnende Qualifikation liege im Fragefall in der Angabe eines Angestellten des Klägers und es erzeige sich daher der Beweisantrag des Beklagten als ein erheblicher.

U. v. 15. März 1870.

358. Die Verbindlichkeit kann, wenn der Forderungsberechtigte sich weigert, die Zahlung anzunehmen, auch durch gerichtliche Hinterlegung der schuldigen Sache getilgt werden.

Von der Hinterlegung ist dem Gläubiger mit der Aufforderung Kenntniß zu geben, daß er die deponirte Zahlung unverzüglich behändige. Durch ein Schreiben des Gerichtspräsidenten an den Gläubiger, daß die Hinterlegung stattgefunden, wird sonach dieser Vorschrift nicht genüge gethan, da derselbe zugleich zur Inempfangnahme der Sache aufzufordern ist.

U. v. 14. Februar und 28. Juni 1871.

359. V. Sch. verlangte von J. W. die Bezahlung von Fr. 300, der Restanz des Guthabens für Mehl, welches er ihm in den Jahren 1858 und 1859 geliefert hatte. Der Beklagte bestritt die in der Klage verzeichneten Lieferungen und anerkannte nur eine Restanz von Fr. 89. 41, welche sich als Ergebniß zweier Rechnungen darstelle, die ihm der Kläger zugeschickt und bis auf den bemerkten Rest als bezahlt quittirt habe (§. 840 des a. b. G.). In der Replik bestritt der Kläger die vom Beklagten behauptete rechtliche Folge der beiden sog. Rechnungen, indem er verneinte, daß zwischen den Parteien zu bestimmten Fristen Rechnungen abgeschlossen worden, die vorgelegten aber nur Noten enthalten, wie sie bei jeder Mehllieferung mitgegeben worden, mit Bescheinigung der etwa darauf geleisteten Zahlung.

Der Entscheid der Frage beruht auf der Auslegung des §. 840 des a. b. G., welcher lautet: „Wenn Handels- oder Gewerbsleute, welche mit ihren Abnehmern zu gewissen Fristen die Rechnungen abzuschließen pflegen, für eine jüngere Rechnungsforderung einen Empfangschein ausstellen, so wird vermuthet, daß auch die älteren Rechnungen bezahlt seien."

Die beiden vorliegenden Noten über einzelne Waarenlieferungen, ohne ein näher bezeichnetes Datum der Ausstellung, können nun nicht

unter den Begriff von Rechnungen gebracht werden, wie ihn der genannte §. aufstellt; denn der Beklagte, der mit dem Kläger in längerem Geschäftsverkehr gestanden, hat nicht darzuthun vermocht, daß der Rechnungsabschluß zu gewissen Fristen stattgefunden, gegentheils sagt er selbst, daß er vom Kläger weiter nichts erhalten, als von Zeit zu Zeit Rechnungen, auf welche jedesmal die darauf erhaltenen Zahlungen von demselben notirt worden. Den beiden, vom Beklagten vorgewiesenen, nicht Rechnungen, sondern nur Noten überschriebenen Aktenstücken mangelt daher vor allem die Eigenschaft einer zu gewissen Fristen förmlich abgeschlossenen Rechnung, auf welche §. 840 Gewicht legt.

Die auf den beiden Noten quittirten Abschlagszahlungen verstehen sich daher nur insoweit, als selbe den Betrag der Note selbst betreffen und können nicht auch als Beweis der Zahlung früherer Noten betrachtet werden. U. v. 13. März 1861.

360. Der durch richterliches Urtheil zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes Verfällte entrichtete dieselbe, nachdem der Entscheid rechtskräftig geworden, an den Kläger, forderte aber nachher durch eine Klage, in der er nachzuweisen suchte, eine Nichtschuld bezahlt zu haben, (durch die condictio indebiti) das ausgelegte Betreffniß zurück.

Die Bewilligung des neuen Rechtes hatte er nicht nachgesucht und es entstand daher die Frage, ob eine solche infolge rechtskräftigen Urtheils geleistete Zahlung ohne Widerherstellung direkt vermittelst der condictio indebiti wieder zurückgefordert werden könne, wenn es sich nachträglich ergiebt, daß die thatsächliche Grundlage des die Zahlung dekretirenden Urtheils eine unrichtige, irrige oder falsche sei.

In einem solchen Falle ist diese Klage (die condictio indebiti) nicht anwendbar. Die Pflicht zur Zahlung des fraglichen Betrages wurde durch das in Rechtskraft erwachsene Urtheil begründet. Die Dauer dieser Pflicht ist durch die Dauer dieses die Zahlung verfügenden Urtheils bedingt. Das letztere existirt aber mit allen seinen Wirkungen und Folgen so lange, bis es auf gesetzlichem Wege beseitigt oder entkräftet wird. Hinsichtlich der Beseitigung oder Entkräftung des Urtheils ist aber §. 361 der P.-O. maßgebend, nach welcher Bestimmung einzig die Widerherstellung als das diesfalls geeignete und wirksame Mittel erscheint. Die Widerherstellung ist die conditio sine qua non der Rückgängigmachung des rechtskräftigen Erkenntnisses und kann daher dieselbe weder durch die condictio indebiti noch durch irgendeine andere Klage auf direktem Wege erzielt werden.

Vermittelst der condictio indebiti kann allerdings das Betreffniß, welches aus Irrthum einer Thatsache bezahlt worden, wieder zurück-

gefordert werden (§. 843 des a. b. G.). Nun geschah aber im gegebenen Falle die Bezahlung von Seite des Verurtheilten keineswegs aus Grund eines thatsächlichen Irrthums, sondern vielmehr infolge rechtlichen Zwanges, d. h. infolge des die Zahlungsverbindlichkeit begründenden Urtheils. Abgesehen also davon, daß die Aufhebung eines in Rechtskraft erwachsenen Urtheils vor allem die Bewilligung des neuen Rechts voraussetzt, ist im Falle die condictio indebiti auch aus dem Grunde unstatthaft, weil die Bedingung, von welcher sie das Gesetz abhängig macht, nicht vorhanden ist. U. v. 1860.

361. Nach Mitgabe von §. 843 des a. b. G. kann eine geleistete Zahlung nur in dem Falle als entrichtete Nichtschuld zurückverlangt werden, wenn die Zahlung aus Irrthum einer Thatsache geschehen ist. Nachdem infolge eines vor dem Friedensrichter abgelegten Schuldbekenntnisses und des daraufhin abgeschlossenen Vergleiches der vereinbarte Betrag ausbezahlt worden, wollte dieser im Sinne des §. 843 des a. b. G. wieder zurückverlangt werden.

Der Kläger war nun aber hinsichtlich der Thatsache, welche die Zahlung zur Folge hatte, nicht im Irrthum, sondern im Gegentheil des diesfälligen Verpflichtungsgrundes, des friedensrichterlichen Vergleiches, mit voller Klarheit bewußt.

Der Kläger glaubte darauf hinweisen zu sollen, daß die vor dem Friedensrichter stattgefundene, dem Vergleichsabschluß vorausgegangene Schuldanerkennung auf einen Irrthum zurückzuführen sei, auf die irrthümliche Meinung nämlich, daß die Schuldverbindlichkeit wirklich bestehe, während dem sie gar nicht existent gewesen. Ein solcher Irrthum darf aber bei Erledigung der Frage nicht berücksichtigt werden. Der in einer streitigen Sache vor dem Friedensrichter vereinbarte Vergleich kann nach Verfluß von 14 Tagen von seinem Abschluß hinweg zur Vollstreckung gebracht werden, überhaupt erzeigt sich ein solcher Vergleich in Ansehung seiner rechtlichen Wirkung als gleichbedeutend mit einem endgültig erlassenen Richterspruch. Falls nun in einem Prozesse der Beklagte ein Schuldbekenntniß ablegt und infolge dessen zur Bezahlung verfällt wird, so ist zweifelsohne dessen Einwand, daß dieses Schuldbekenntniß aus einem Irrthum über irgend ein thatsächliches Verhältniß hervorgegangen, nicht vermögend, den Entscheid des Richters aufzuheben oder unwirksam zu machen und ebensowenig kann der vom Klagetheil erhobene Einwand gegen die Gültigkeit des in Frage stehenden friedensrichterlichen Vergleichs die Aufhebuug oder Entkräftung desselben nach sich ziehen. U. v. 3. Juni 1870.

362. J. W. gab dem L. E. Eichenstämme zu kaufen und stellte, als er von letzterm den Kaufspreis empfangen, folgende Quittung aus: „Als Saldo per 43 Stück gelieferte Eichen mit 2624 Kubikfuß à Fr. 1. 65 erhalten Fr. 3330." Der Käufer und Empfänger des Holzes behauptete, daß die fraglichen 43 Stück Eichen nicht 2624, sondern bloß 2359 Kubikfuß ausgemacht, er somit irrthümlich dem Verkäufer Fr. 436. 25 zu viel bezahlt habe. Der Käufer führte Klage auf Rückerstattung dieser Summe, indem er anbrachte: Der Beklagte (der Verkäufer) habe sich herbeigelassen, bei einer nochmaligen Zusammenstellung des Maßes mitzuwirken, wobei es sich ergeben, daß 9 Eichen im Verzeichniß des Beklagten ein viel zu großes Maß enthalten hätten, so daß das endliche Resultat sich als ein Maß von 2359 Kubikfuß herausgestellt habe. —

Frägt es sich nun, ob diese Behauptung, die der Kläger durch den negativen Haupteid des Gegners zu beweisen beantragte, eine erhebliche ist, so muß dieses bejaht werden. Zur Begründung der Rückforderung des Bezahlten gehört laut §. 843 des a. b. G. der Nachweis des Irrthums. Der Irrthum ist nun keineswegs eine äußerliche, in die Sinne fallende Thatsache und er kann daher nicht auf direktem Wege, sondern nur indirekt, d. h. durch Schlußfolgerungen, denen andere bewiesene oder zu beweisende Thatsachen zur Grundlage dienen, dargethan werden. Würde nun der Nachweis geleistet, daß der Kläger in Wirklichkeit bloß 2359 Kubikfuß Eichenholz vom Beklagten erhalten habe, während von ihm 2624 Kubikfuß à Fr. 1. 65 per Kubikfuß bezahlt worden, so müßte gefolgert werden, er hätte aus Irrthum 265 Kubikfuß mehr bezahlt als er empfangen, zumal nach bekannten Rechtsgrundsätzen die Vermuthung gegen die Annahme einer Schenkung spricht.

Diesem Beweis steht die erwähnte Quittung nicht entgegen. Fürs erste ist dieselbe nur vom Beklagten unterzeichnet und beweist also laut §. 133 der P.-O. gegen den Beklagten und nicht gegen den Kläger. Sodann wird ja vom Kläger geltend gemacht, der Urkundeninhalt beruhe auf einem thatsächlichen Irrthum.

Würde man auch annehmen, der Kläger habe zur Quittung in der vorliegenden Gestalt eingewilligt, resp. mit deren Inhaltsangabe sich zur Zeit ihrer Errichtung einverstanden erklärt und würde es sich ergeben, daß ein Irrthum über den wesentlichsten Gegenstand der Quittung, d. h. über das Maß des empfangenen Holzes von seiner Seite obgewaltet, so müßte nach Analogie des §. 622 des a. b. G. die Einwilligung als unverbindlich dahin fallen, welcher lautet: „Hat ein Irrthum über den Vertragsgegenstand oder über wesentliche Eigenschaften desselben obgewaltet, so ist die Einwilligung unverbindlich. U. v. 4. Februar 1863.

363. Die Rückforderung einer irrthümlich bezahlten Nichtschuld setzt nach §. 843 des a. b. G. voraus: 1. daß der Kläger wirklich eine Nichtschuld bezahlt hat und 2. daß er aus einem thatsächlichen Irrthum eine Nichtschuld bezahlt hat.

In einem Falle, wo der Kläger wirklich den Nachweis zu leisten vermochte, daß er einen und denselben Forderungsbetrag doppelt bezahlt habe, handelte es sich um die Frage, ob er nun auch den Nachweis des genannten zweiten Erfordernisses (der Zahlung wegen faktischen Irrthums) zu leisten habe oder wie es sich diesfalls verhalte.

Die Frage war zu verneinen. Der Irrthum ist ein psychischer Zustand, welcher nur alsdann äußerlich wahrnehmbar wird, wenn dessen Folgen zu Tage treten. Es ist daher nicht möglich, den Nachweis des Irrthums auf direktem Wege zu leisten, weil eben nur der Irrende selbst davon Kenntniß haben kann; wohl aber ist es möglich, auf indirektem Wege d. h. durch Anführung von Thatsachen wahrscheinlich zu machen und beim Richter die rechtliche Ueberzeugung zu begründen, daß jemand bei der Ausführung einer gewissen That aus Irrthum gehandelt habe.

Wenn nun nachgewiesen wird, daß jemand dasjenige, was er einem andern geschuldet, zwei Mal bezahlt habe, so muß bis zum Beweise des Gegentheils gerade aus der Thatsache der zweimaligen Bezahlung selbst gefolgert werden, der Zahlende habe sich hiebei im Irrthum befunden und zwar könne dieses nur ein thatsächlicher Irrthum sein, weil Jedermann wissen müsse, daß kein Gesetz zur Tilgung einer Schuld die zweimalige Zahlung derselben vorschreibe (§. 833 des a. b. G.)

Die Thatsache der nochmaligen Zahlung einer schon einmal getilgten Schuld gestattet somit, bis zum Beweise des Gegentheils, die rechtliche Annahme: Die zweite Zahlung habe aus einem thatsächlichen Irrthum resp. wegen Nichtkenntniß der ersten Zahlung stattgefunden. Nach gemeinem Recht würde demjenigen, der den Nachweis leistet, daß er Jemanden etwas gegeben, was derselbe von Anfang an kein Recht hätte zu behalten, das Rückforderungsrecht mit der condictio sine causa zustehen und zwar sowohl für das ohne Grund bezahlte, als für die Früchte und Accessionen, resp. für die Zinsen. U. v. 1866.

§§. 845—848.

364. V. H. einerseits, sodann W. und Mithafte anderseits trafen die Vereinbarung, ihre streitigen An- und Gegenforderungen, herrührend von einer Miethe durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Das Schiedsgericht, welches verhalten worden, die streitigen Fragen nach dem

Gesetz und dem strengen Recht zu beurtheilen, verwarf die vom Beklagten geltend gemachte Einrede der Abrechnung verschiedener Gegenforderungen, verwies ihn in dieser Beziehung zur gesönderten Klagführung und verurtheilte ihn zur Bezahlung von Fr. 529. 31.

Gegen dieses Erkenntniß führte V. H. eine Nichtigkeitsklage. Die Ausstellungen desselben, insofern sie die Form, das Verfahren, betrafen, wurden nicht als begründet angesehen, dagegen wurde das schiedsgerichtliche Erkenntniß wegen Nichtberücksichtigung der vom Beklagten erhobenen Compensationseinrede als ein nichtiges kassirt.

Wenn das Schiedsgericht — so lautet der diesfällige Entscheid des Obergerichts — die Gegenforderungen von vornherein als nicht abrechnungsfähig erklärt und den Beklagten zur gesönderten Klagführung verweist, so verstößt sich dieses Urtheil gegen das Gesetz, an dessen Beachtung die Schiedsrichter ausdrücklich gebunden gewesen und begründet nach §. 118 lit. c der P.-O. die Nichtigkeitsklage. Der §. 845 des a. b. G. stellt nämlich die Regel auf, daß Forderungen, welche gegenseitig und verfallen sind, durch Abrechnung getilgt werden können. Von dieser Regel giebt es nur wenige, im gleichen Paragraphen erwähnte, hier offenbar nicht zutreffende Ausnahmen.

Ist der Richter durch diese gesetzliche Vorschrift schon im Allgemeinen verpflichtet, der Einrede der Abrechnung Folge zu geben, so sind im Falle die Schiedsrichter hiezu ganz besonders durch den Wortlaut des Schiedsvertrags verhalten, der alle streitigen An- und Gegenforderungen der Parteien, herrührend vom erwähnten Miethvertrag ihrer Urtheilsbefugniß anheimgiebt; mehrere der Posten aber, aus welchen die Gegenforderung des Beklagten besteht, sind offenbar aus dem erwähnten Miethvertrag entsprungen und stehen mit demselben in Verbindung.

Der schiedsgerichtliche Entscheid gegen die Zulässigkeit der Einrede der Abrechnung läßt sich offenbar nicht unter den Gesichtspunkt der Form des schiedsgerichtlichen Verfahrens stellen und als die bloße Umgehung einer den Beklagten nicht beeinträchtigenden Prozeßvorschrift behandeln; denn die Statthaftigkeit dieser Einrede der Abrechnung wird nicht durch Regeln des Prozeßverfahrens bestimmt, dieselbe ist im Civilrecht begründet und derjenige, der sich ihrer bedient, will vermittelst derselben nichts Geringeres erzielen als die Abweisung des Gegners. U. v. 31. Mai 1855.

365. Die versuchte Compensation wurde mit der replikantischen Entgegnung bestritten: Erst dann sei der Beklagte zur Compensation befugt, wenn ihm bereits ein Urtheil einen Anspruch zugesprochen; vorher wisse man nicht, ob er je einen solchen haben werde, vorher könne seine

Forderung auch nicht verfallen sein, denn eine Forderung werde nicht fällig, bevor sie entstanden.

Das Obergericht fand: So lasse sich die beklagtische Einrede nicht abfertigen. So unumstößlich es nämlich feststehe, daß eine nicht existirende Forderung auch nicht fällig sein könne, so unrichtig sei anderseits die Auffassung, daß die Compensationseinrede nur dann Platz greife, wenn dem Excipienten die Forderung bereits durch gerichtliches Urtheil zugesprochen worden. Eine solche Anschauung stehe mit dem Wortlaute des §. 845 des a. b. G. und mit der bisherigen Praxis im Widerspruch. Dieser Wortlaut verlange nicht etwa die formelle Rechtsbeständigkeit, resp. Liquidität der zur Abrechnung gebrachten Forderung, beziehungsweise, daß letztere entweder vom Schuldner anerkannt oder dessen Schuldpflicht durch Urtheil festgestellt sei; er verlange lediglich die Existenz einer Forderung. Existent sei aber eine Forderung, sobald die faktischen Verhältnisse eingetreten, an welche das Gesetz und nicht der Richter das Forderungsrecht knüpfe, gleichgültig, ob der Schuldner sie anerkenne oder aber ob er erst durch den Richter zur Anerkennung gezwungen werden müsse. Fällig sei anderseits eine Forderung, wenn der Schuldner rechtlich um Bezahlung belangt werden könne, d. h. ihm nicht die Einrede zur Seite stehe, daß der Zeitpunkt, durch welchen das Gesetz oder eine Vertragsbestimmung das Recht zur Einforderung bedinge, noch nicht gekommen sei. U. v. 7. Mai 1867.

366. In einem Forderungsprozesse versuchte der Beklagte einen Betrag zur Compensation zu bringen, mit Bezug auf welchen die Parteien schon früher vor dem Friedensrichter gestanden und welchen der Kläger dem Beklagten schuldig zu sein daselbst anerkannt hatte.

Es ist aber unzuläſsig, diesen richterlich längst verhandelten und durch Urtheil oder (was gleichbedeutend ist) durch friedensr. Vergleich festgestellten Betrag in einem spätern Streite compensationsweise geltend zu machen.

Diese Forderung kann nämlich nur mehr auf dem Vollstreckungswege zur Geltung gebracht, nicht aber darf in einem Prozesse neuerdings darüber gestritten und entschieden werden. U. v. 14. April 1862.*

* Auch nachstehende Entscheidung über die Compensationseinrede verdient Berücksichtigung.

S. M. war dem J. St. einen Betrag von Fr. 1300 schuldig geworden. Als über den Letztern der Konkurs ausgebrochen, wurde die Forderung versteigert und der Schuldner alsdann vom Besteher um Bezahlung derselben angehalten.

Vom beklagten S. M. wurde gegen die Klage unter Anderm eingewendet, er habe an J. St. eine beträchtliche Gegenforderung besessen, die im Konkurse desselben größtentheils zu Verlurst gewiesen worden; er

verlange nun, daß sein im Geldstage nicht gedecktes Guthaben von der eingeklagten Forderung abgerechnet werde.

Die vom Beklagten angebrachte Einrede der Kompensation ist jedoch nicht gerechtfertigt. Im fraglichen Geldstage wurde vom Beklagten eine Forderung von Fr. 2022. 53 angemeldet und ihm hieran aus der Masse ein Betrag von Fr. 140. 45 zugewiesen; für diesen Betrag quittirte er ohne irgend welchen Vorbehalt; auch in seiner Eingabe berief er sich nicht auf Abrechnung; seine eigene Schuldigkeit wurde mit Fr. 6379. 12 aufgenommen und versteigert, ohne daß gegen das daherige Geldstagsprotokoll Einwendungen gemacht worden. Unter solchen Umständen bestand für den Beklagten kein Recht mehr, hintendrein und nachdem er im Geldstag selbst die Abrechnung nicht geltend gemacht, im erwähnten Prozesse sich auf eine solche zu berufen. U. v. 3. November 1868.

Viertes Hauptstück.

Von der Verjährung.

---

§§. 849—851.

367. Einer Forderungsklage setzte der Beklagte die Einrede der Compensation entgegen, indem er verschiedene Gegenforderungen aus den Jahren 1826—1843 zur Abrechnung bringen wollte. Der Kläger bekämpfte in der Replik diese Einrede mit derjenigen der Verjährung der behaupteten Gegenforderungen und es trat deßhalb die Frage in den Vordergrund, ob eine verjährte Forderung auf dem Wege der Einrede (Compensation) noch zur Geltung gebracht werden könne?

Das Bezirksgericht bejahte diese Frage, durch die Betrachtung geleitet: die klägerischen, resp. eingeklagten Forderungen seien vor Ablauf der Verjährungsfrist der Gegenforderungen des Beklagten entstanden, weßhalb der Letztere mit Grund habe annehmen dürfen, es seien die klägerischen Forderungen durch Compensation getilgt, und er — der Beklagte — brauche deßhalb seine eigenen Gegenforderungen nicht mehr geltend zu machen.

Allein diese Ansicht des Bezirksgerichts ist mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar.

Nach §. 845 des a. b. G. können Forderungen, welche gegen-

seitig und verfallen sind, durch Abrechnung getilgt werden. Nach dieser gesetzlichen Bestimmung, deren Sinn nicht zweifelhaft, wird eine Forderung nicht ipso jure, sondern nur mittelst ausdrücklicher Erhebung der Einrede der Compensation, insofern diese nach dem Gesetze zulässig ist, ope exceptionis, getilgt. Ist nun aber die klägerische Forderung nicht schon von Rechtswegen durch die Gegenforderung des Beklagten ohne Rücksicht auf die Zeit ihres Ursprunges getilgt, so frägt sich nur noch, ob letztere, welche, als unzweifelhaft verjährt, nicht eingeklagt werden kann, sich mittelst der erhobenen Einrede der Compensation noch zur Geltung bringen lasse, gleichwie auch nach der römisch-rechtlichen æquitas Naturalobligationen eine Einrede, nicht aber ein Klagrecht, begründen.

Diese Frage muß verneint werden; nicht nur ist dieser dem Beklagten günstige Gesichtspunkt im Allgemeinen unserer Gesetzgebung fremd, sondern im §. 849 des a. b. G. wird die Extinktivverjährung nicht bloß als Verlurst des Klagrechts, sondern geradezu als Erlöschung des Rechtes selbst durch Unterlassung seiner Ausübung aufgefaßt und definirt. Daß aber ein erloschenes Recht durch Einreden nicht geschützt oder wiederhergestellt werden könne, ist ohne weitere Erörterung einleuchtend. U. v. 9. Nov. 1864.

368. Es wurde Klage geführt auf Beseitigung von Veränderungen, welche die beklagte Partei zum Nachtheil der kläger'schen Mühle und ihrer Gerechtsame bezüglich der Zuleitung von Wasser vorgenommen haben solle. Die beklagte Partei trat dieser Klage u. A. mit der Einrede der Verjährung entgegen, wogegen der Kläger sodann in der Replik die Unterbrechung der Verjährung geltend machte, mit der Behauptung, daß während der Verjährungszeit zwischen den Parteien eine friedensrichterliche Verhandlung stattgefunden habe, bei welcher der Bevollmächtigte der beklagten Partei erklärt habe, hinsichtlich dieser Streitsache solle keine Verjährung eintreten, die Beklagte werde sich in Betreff der fragl. Bauten und Veränderungen auf keine Verjährung berufen. Diese Behauptung wollte durch den Haupteid der Gegenpartei bewiesen werden. Da jedoch die Beklagte die Zulässigkeit eines solchen Beweisantrages bestritt, so entstand die Frage, ob die Behauptung wirklich erheblich sei, resp. im Fall ihrer Richtigkeit die Einrede der Verjährung zu entkräften vermöchte.

Hierüber ergab sich: Es sei der klar ausgesprochene Wille des Gesetzgebers, daß bei friedensrichterlichen Vermittlungsversuchen in denjenigen Fällen, wo ein Vergleich nicht erzielt werden könne und die Kompetenz des Friedensrichters nicht zutreffe, dem Hin- und Hergerede

der Parteien keine rechtliche Erheblichkeit und Bedeutung im künftigen Streite beigemessen werde. Der Gesetzgeber habe damit vermeiden wollen, daß der rechtsunkundige Bürger, der gehalten sei, ohne Vertreter zu erscheinen, bei unüberlegten Aeußerungen behaftet und in der künftigen Verfolgung seiner Rechte gefährdet werde. Dies gehe aus §. 45 des Gesetzes über das Verfahren der Friedensrichter hervor, welcher im letzten Satze besage: „Keine dieser Verhandlungen soll in das Protokoll eingetragen werden." Dieses Verbot wäre mit einer gegentheiligen Auffassung bezüglich der Anbringen und Erklärungen der Parteien unvereinbar; denn das Protokoll sei ja gerade dazu da, damit das Erhebliche einer gerichtlichen Verhandlung darin aufgenommen und es als Beweismittel darüber gebraucht werde.

Die Richtigkeit obiger Anschauung folge aber noch bestimmter aus dem §. 55 des cit. Gesetzes, dessen letztes Lemma laute: „Würde ein Protokoll oder ein Weisungszeugniß des Friedensrichters dieser Vorschrift entgegen abgefaßt, so darf auf dessen Inhalt keine Rücksicht genommen werden." Es wäre also vermöge dieser Bestimmung für den Fall, als ein Auszug aus dem Protokoll die fragliche Erklärung konstatiren würde, dem Richter verboten, irgend welche Rücksicht darauf zu nehmen; daraus folge doch wohl mit Nothwendigkeit, daß der Richter einer solchen Erklärung noch weniger Bedeutung beilegen dürfe, wenn sie nicht einmal amtlich konstatirt sei, sondern erst noch durch andere Beweismittel außer Zweifel gesetzt werden wolle.

Schon aus dieser Erörterung erhelle, daß die gegen die Verjährung geltend gemachte Einwendung des Verzichts eine unbegründete sei. Ihre Unzulänglichkeit stelle sich aber auch aus einem weitern Gesichtspunkte dar. — Aus der Thatsache nämlich, daß die Beklagte sich beim friedensrichterlichen Vermittlungsversuch habe vertreten lassen, folge noch keineswegs die Berechtigung des Vertreters, in einer für die Beklagte verbindlichen Weise Erklärungen, wie die in Frage stehende, abzugeben. Bei dem friedensrichterlichen Vorstande habe es sich für die Beklagte nur darum handeln können, die Streitsache durch Vergleich zu beseitigen oder aber die Ansprüche des Klägers im ganzen Umfange zu bestreiten, nicht aber um die Frage, welche Einrede die Beklagte in einem allfälligen Prozesse geltend machen wolle und welche nicht; denn hierauf bezügliche Erklärungen gehörten der Natur der Sache zufolge nicht in die Sphäre des friedensrichterlichen Vermittlungsversuchs.

Die Vollmacht des Vertreters dürfe daher nicht auf Handlungen, beziehungsweise Erklärungen desselben ausgedehnt werden, welche weder ordentlicher Weise in seinen Wirkungskreis gehört, noch durch spezielle Ermächtigung in denselben hineingezogen worden — mit andern Worten:

Habe der Vertreter die fragliche Erklärung wirklich abgegeben, ohne speziell dazu ermächtigt gewesen zu sein, so liege darin eine Ueberschreitung seiner Vollmacht, welche die Geber der letztern nicht verpflichte. — Demgemäß mußte die der Klage entgegengehaltene Einrede des verjährten Besitzstandes als begründet erklärt werden.

U. v. 10. Jenner 1867.

369. Eine Gemeinde nahm für einen Theil ihres Waldes ein Fahrwegrecht über ein unterhalb demselben gelegenes Grundstück in Anspruch, indem sie behauptete, daß sie dieses Recht durch Verjährung erworben habe und verlangte die Aufhebung des vom Eigenthümer des Grundstücks gegen die Ausübung der Dienstbarkeit ausgewirkten Verbotes.

Nach geschehener Einvernahme der von der Gemeinde angerufenen Zeugen hatte das Bezirksgericht die Klage verworfen, das Obergericht dagegen dieselbe als begründet erklärt. Bei Prüfung der Zeugenaussagen ergiebt sich nämlich: Mehrere Angaben stimmen darin überein, daß die Gemeinde in den verflossenen Jahren mehrmals in dem bezeichneten Waldstück Holz ausgegeben und daß das geschlagene Holz jeweilen über das nun mit Verbot belegte Grundstück des Beklagten abgeführt worden sei.

Was die verschiedenen Perioden, in welchen die Gemeinde das Wegrecht ausgeübt, anbelange, so haben die Zeugen den jedesmaligen Jahrgang zwar nicht mit voller Sicherheit angeben können; von den mehrern Jahrgängen bezeichne jedoch ein Zeuge wenigstens diejenigen von 1838 und 1854 und ein anderer sage aus, daß die Holzabfuhr in den 30er und 40er Jahren und auch im Jahr 1854 geschehen, und ein dritter Zeuge, der sich an ein 3- oder 4maliges Holzschlagen erinnere, vermöge von den verschiedenen Jahrgängen wenigstens denjenigen von 1854 genau zu bezeichnen. Zwei Zeugen haben an Ort und Stelle die Richtung angegeben, in welcher die Holzabfuhr über das Grundstück des Beklagten stattgefunden.

Die Gemeinde habe daher den Beweis geleistet, daß sie das von ihr geltend gemachte dingliche Recht wenigstens schon in den Jahren von 1830 bis 1840 und zuletzt im Jahr 1854 ausgeübt habe. Die Natur des liegenden Gutes der Gemeinde bringe es mit sich, daß eine alljährliche Benutzung des Weges nicht stattfinde; es genüge aber, daß das Wegrecht mehrmals und zu verschiedenen Zeiten, namentlich so oft, als es das Bedürfniß erforderte, ausgeübt worden. Sei von der Gemeinde nachgewiesen worden, daß sie schon vor 1840 und auch noch im Jahr 1854 von dem behaupteten Rechte Gebrauch gemacht, so spreche

die Vermuthung des inzwischen fortgesetzten rechtlichen Besitzes für sie, indem der Beklagte nicht behauptet, daß er während dieser Zeit und vor dem Erlasse des Verbotes (6. April 1854) der Gemeinde das Recht streitig gemacht oder daß sie solches heimlich oder bittweise ausgeübt habe.

Es erzeigt sich daher, daß die Gemeinde sowohl nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes als der §§. 849 und 851 des a. b. G. das beanspruchte Wegrecht durch Verjährung erworben habe.

U. v. 14. Juni 1858.

370. Wie der Streit über das Recht, an einer Quelle Wasser zu schöpfen, welches Recht von den Bewohnern eines Hauses für das Bedürfniß des Haushaltes behauptet wurde, zur Entscheidung kam, stritt man sich hauptsächlich über die Frage, ob dem Klagetheil der Beweis einer ununterbrochenen Besitzesausübung gelungen sei.

Bei Prüfung dieser Frage kann man nicht davon ausgehen, daß bewiesen sein müsse, daß eine bestimmt wiederkehrende Zahl von Malen täglich oder wöchentlich die Ausübung stattgefunden habe, sondern es ist der Beweis als gelungen zu erklären, wenn es sich ergiebt, daß während der Verjährungszeit regelmäßig und fortgesetzt das zum Bedürfniß des Haushalts benöthigte Wasser unbehindert aus der Quelle geschöpft worden sei. Das Bedürfniß des Haushalts ist selbstverständlich nicht immer dasselbe; es wechselt der Bedarf des Wasserquantums mit Sommer und Winter, mit den verschiedenen Wochentagen und der Zahl der Hausbewohner, mit dem Vorrath, den man sich verschafft, so daß ein regelmäßiges Wiederkehren des Wasserschöpfens nicht vorkommt und den häuslichen Verhältnissen nicht entsprechend ist. U. v. 24. März 1869.

371. Ueber verschiedene Grundstücke wurde ein Fahrrecht zu Gunsten einer Liegenschaft in Anspruch genommen. Nachdem das Bezirksgericht dem Servitutsansprecher für die Behauptung, daß das Recht durch Verjährung erworben worden, einen Zeugenbeweis zugesprochen, verlangten die Eigenthümer der angeblich dienenden Grundstücke, daß der Passus des Beweisthemas, welcher lautet: „es wurde gefahren, so oft es das Bedürfniß für den Landbaubetrieb erheischte" — weggelassen und dafür beigefügt werde, daß die Servitutsausübungen ununterbrochen stattgefunden haben.

Die Appellanten wollten ihr Begehren dadurch unterstützen, daß sie behaupteten, es handle sich hier um eine sog. servitus continua, d. h. um eine Dienstbarkeit, deren Ausübung ohne Unterbrechung stattfinde. — Allein diese Auffassung ist schon prinzipiell eine falsche, indem Wegrechtsdienstbarkeiten niemals ohne Unterbrechung ausgeübt werden,

wie z. B. Wasserleitungsservituten, Fenstergerechtigkeiten. Dann aber wurde im Falle vom Usucapienten behauptet, er habe jeweilen nur im Frühjahr und Herbst Dünger und Jauche über die gegnerischen Grundstücke geführt.

Es ist übrigens anerkannten Rechtens, daß zur erwerbenden Servitutsverjährung nur so viel erfordert wird, daß der Usucapient während eines Zeitraums von 10 Jahren von seinem Rechte so oft Gebrauch mache, als es das Bedürfniß erfordert. Hierin liegt der Begriff der ununterbrochenen Ausübung der Berechtigung.

Könnte dagegen von den Appellanten nachgewiesen werden, daß der Gegner in der Ausübung seines beanspruchten Fahrrechts während der Verjährungsdauer von ihnen gehindert worden wäre, so erschiene die Verjährung dann allerdings als unterbrochen und könnte von der ununterbrochenen Ausübung des beanspruchten Rechts nicht mehr die Rede sein.

Es wurde daher vom Servitutsansprecher die ununterbrochene Ausübung des Rechts mit vollem Grunde dahin erläutert und näher präcisirt, daß man nur nach Bedürfniß über die gegnerischen Grundstücke gefahren, d. h. so oft man während der Dauer von 10 Jahren Dünger und Jauche auf sein Grundstück geführt habe. U. v. 6. Febr. 1867.

372. Von N. N. wurde das Recht des Fußsteiges zu Gunsten eines Rebgeländes in der Weise geltend gemacht, daß er behauptete: seine Vorbesitzer haben das fragl. Recht von 1826 an bis 1851 ununterbrochen ausgeübt und zwar so, daß sie von der öffentlichen Straße aus durch ein Thürgestell hindurch gegangen, um das ebenfalls mit Reben bepflanzte dienende Grundstück zu betreten. Der für die verjährungsweise Erwerbung des Fußwegrechts beantragte Zeugenbeweis wurde vom Bezirksgericht mit der Betrachtung als unzuläßig erklärt: Dem Anbringen des Klägers müsse entnommen werden, daß in dem Thürgestell eine Thüre sich befunden, welche, wenn sie auch sonst immer offen gestanden, doch jeweils vor der Weinlese kurze Zeit verschlossen gewesen sei, so daß also eine Unterbrechung der Ausübung der beanspruchten Dienstbarkeit erstellt erscheine, um so mehr, als sich die Rechtsvorgänger des Klägers dieses Verschließen haben gefallen lassen.

Letztinstanzlich wurde jedoch der fragliche Beweis als statthaft angesehen. Wohl verlangt §. 851 des a. b. G. zur Erwerbung eines Rechts durch Verjährung die 10jährige ununterbrochene Ausübung desselben; allein bei der Frage, ob eine Unterbrechung der Ausübung statt-

gefunden, müssen immer die konkreten Verhältnisse und die spezielle Art der Servitut in Berücksichtigung gezogen werden.

Es ist klar, daß die sog. diskontinuirlichen Servituten nicht im buchstäblichen Sinn „ununterbrochen" ausgeübt werden können; in diesen Fällen muß eine Ausübung, die während den 10 Jahren so oft stattfindet, als das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks es erfordert, vollkommen genügen. So gewinnt die Bezeichnung „ununterbrochen" jeweilen eine andere Bedeutung, wenn es sich um ein Wegrecht zu Holzland, oder zu Wies- oder Ackerland handelt.

Wird nun die spezielle Natur des vorliegenden Falles ins Auge gefaßt, so ergiebt es sich, daß gerade zur Zeit, da die fragl. Thüre jeweilen verschlossen gewesen, ein Bedürfniß zur Ausübung des Wegrechts nicht oder doch nur in höchst geringem Maße vorhanden gewesen. Es kann deßhalb, wenn das Wegrecht während jener Zeit auch nicht ausgeübt worden, von einer Unterbrechung der Ersitzung im rechtlichen Sinne nicht gesprochen werden. Zudem läßt sich bei Rebgrundstücken ein Wegrecht in dem Sinn denken, daß es einige Zeit vor der Weinlese nicht ausgeübt werden darf; giebt es doch viele Gemeinden in Weinbau treibenden Gegenden, wo einige Zeit vor der Weinlese ein allgemeines Verbot erlassen wird, in die Weinberge zu gehen, so daß die Rebgrundstücke selbst von Eigenthümern ohne Bewilligung nicht betreten werden dürfen. Unter solchen Umständen ist kein Grund vorhanden, den vom Kläger beantragten Verjährungsbeweis zu verwerfen.

Die beklagte Partei verlangte Zulassung des Beweises für die Behauptung, daß sie von den verschiedenen Wegrechtsausübungshandlungen keine Kenntniß gehabt habe. Allein dieses Begehren ist nicht gerechtfertigt. Allerdings erwirbt nach §. 851 nur derjenige durch Verjährung ein dingliches Recht, welcher dasselbe 10 Jahre lang weder heimlich noch bittweise ausübt. Eine heimliche Ausübung ist aber nicht identisch mit einer solchen, von welcher der Besitzer des dienenden Grundstücks keine Kenntniß hat, sondern das Vitium des heimlichen Besitzes erfordert auf Seite des Besitzenden eine positive Vorkehr gerade zum Zweck des Besitzes resp. Ausübungsverheimlichung; so z. B. Ausübung bei Nachtzeit, Beseitigung der Spuren der Ausübung ꝛc., Momente, welche in concreto nicht vorhanden sind. U. v. Sept. 1871.

373. Eine Wegdienstbarkeit wollte mit der Behauptung begründet werden, daß dieselbe während der Verjährungsdauer von 10 Jahren ausgeübt worden und daß diese Ausübung weder heimlich noch bittweise stattgefunden. Als dem Kläger einfach der Beweis des 10jährigen Besitzstandes auferlegt worden, verlangte der Beklagte, daß dem Kläger auch

noch zu beweisen aufgegeben werde, daß die Ausübung des Rechts weder heimlich noch bittweise stattgefunden.

Ein stichhaltiger Grund für dieses Begehren ist nun aber nicht vorhanden. Wenn der Kläger in der Klage nebst anderm anführte, daß die Ausübung des Wegrechts weder heimlich noch bittweise geschehen, und auch hiefür Beweise anerbot, so konnte dies das Bezirksgericht nicht veranlassen, dem Kläger einen Beweis zuzusprechen, den er nicht zu leisten hat; denn zum Klagfundament gehört offenbar nur der Nachweis eines die ganze Verjährungszeit umfassenden Besitzstandes.

Die Thatsache aber, daß die Benutzung des Weges heimlich oder bittweise geschehen, wäre Gegenstand einer Einrede, deren Nachweis der Beklagte erbringen müßte. Die Gebrechen des Besitzstandes (vitia possessionis) werden nicht als vorhanden angenommen und müssen daher, wenn sie rechtlich in Betracht kommen sollen, von Seite des Beklagten als Schutzbehauptung, als eine Thatsache, die der Verjährung im Wege steht, geltend gemacht und rechtsgenüglich bewiesen werden.

U. v. 14. August 1862.

374. Ein Bürger von Neuenhof, Eigenthümer eines an der Zürcher Landstraße gelegenen Hauses, behauptete: Er, sowie die früheren Bewohner des Hauses, haben ihren Wasserbedarf aus einer Quelle befriedigt, welche oberhalb im Lande des J. L. B. entspringe und westlich von seinem Hause an dem dortigen Waldwege hinunter gegen die Zürcherstraße ablaufe; nahe bei der letztern habe nämlich bis vor Kurzem ein Brunnentrog bestanden, in welchen jenes Wasser vermittelst einer Rinne geleitet worden, woselbst die Bewohner des Hauses das für sich und ihren Viehstand nöthige Wasser seit 1830 bis zur Gegenwart geholt haben, so daß für sie das Recht auf Benützung des Wassers durch Verährung entstanden sei.

Allerdings liegt in einer solchen Benützung ein Entstehungsgrund des in Anspruch genommenen Rechts und zwar trotz des vom Beklagten behaupteten und thatsächlich richtigen Umstandes, daß der Kläger weder auf dem Lande des J. L. B., welches durch Grundstücke anderer Eigenthümer von der Straße getrennt ist, noch auf diesen letztern Grundstücken selbst irgend welche Besitzeshandlungen vorgenommen. Dadurch, daß der Kläger das aus dem fraglichen Grundstück, resp. aus der daselbst befindlichen Quelle hinunterfließende Wasser benützte oder mitbenützte, fanden Besitzeshandlungen statt, deren Wirkungen sich dorthin erstrecken, von wo das an den Ort der Benutzung fließende Wasser herkommt, so daß also die Besitzeshandlungen in das Grundstück des Beklagten, welchem die Quelle entspringt und zur letztern zurück-

reichen, auch wenn der Kläger in jenem Grundstück und in den unterhalb diesem letztern befindlichen Grundstücken keine Einrichtung getroffen, um das Wasser seinem Wohngebäude zuzuleiten.

Indem der Beklagte das Wasser aus seiner Quelle gegen die Straße fließen ließ, konnte der Kläger, ohne daß er nöthig gehabt hätte, irgend welche Handlungen auf dem erwähnten Grundstücke vorzunehmen, das von diesem abfließende Wasser benützen, und wenn die Benützung während der gesetzlichen Verjährungszeit gedauert, ohne daß ihn der Eigenthümer des Grundstücks an derselben gestört, so wurde dadurch sein Recht auf das Wasser begründet, wie denn auch ähnliche Rechte in Menge vorhanden sind, deren Entstehungsgrund in der Verjährung gesucht werden muß, z. B. das Recht des Wasserschöpfens an einem öffentlichen Bache, das Recht der Benutzung des Abwassers von dem Brunnen eines Dritten 2c.

Auf ein solches Verhältniß paßt auch vollkommen der gesetzlich aufgestellte Begriff der Dienstbarkeit, die nach §. 522 des a. b. G. in dem Recht besteht, vermöge dessen Jemand verhalten werden kann, auf seiner Sache zum Vortheil eines Andern etwas zu dulden oder zu unterlassen.

U. v. 6. Oktober 1865.

375. Mehrere Eigenthümer von Wiesen erwirkten zum Schutze eines für die letztern beanspruchten Wässerungsrechtes ein Verbot, welches vom Besitzer eines Wasserwerkes vermittelst der Klage als nicht begründet angefochten wurde; er hatte nämlich dargestellt, daß er das Wasser, welches zur Bewässerung der Wiesen benützt werden wolle, zur Belebung seines Werkes nöthig habe und das Recht auf dieses Wasser *durch den während der Verjährungsdauer stattgefundenen Gebrauch* erworben habe.

Die Mattenbesitzer traten der Klage mit der Behauptung entgegen, daß ihnen der Kläger im Jahr 1854 einen Revers ausgestellt, welcher dahin laute, daß er *das Wasser nicht zum Betriebe seines Werkes gebrauchen, überhaupt das Wasser den fraglichen Wiesen niemals entziehen wolle*, ferner daß der Kläger durch diesen Revers auf den Erwerb des Wassers durch Verjährung verzichtet habe und nun nachträglich gegenüber diesem Verzichte die Verjährung nicht geltend machen könne.

Es fällt daher nothwendig, die Bedeutung und Tragweite des sog. Reverses einer rechtlichen Erörterung zu unterwerfen.

Unter Revers versteht man in der Sprache der Wissenschaft und im Rechtsleben eine Erklärung, durch welche Jemand seine Handlungen und deren rechtliche Folgen für ihn in verbindlicher Weise interpretirt. Es liegt also im Begriff des Reverses nicht eine Verpflichtung, etwas

zu thun oder zu unterlassen, sondern eine Erklärung über die Bedeutung, Tragweite und rechtliche Natur einer vom Aussteller vorgenommenen Handlung. So liegt z. B. ein Revers vor, wenn Jemand die Erklärung abgiebt, daß gewissen Besitzeshandlungen, die er vornimmt, nicht die Bedeutung zukommen soll, daß daraus auf die erwerbende Verjährung geschlossen werden dürfe. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Ausstellung eines solchen Reverses gegenüber die Verjährung nicht Platz greifen kann.

Ganz anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle. Zwar wird das Aktenstück in seiner Aufschrift und im Context ausdrücklich „Revers" genannt; allein diese Benennung ist nach §. 647 des a. b. G. nicht entscheidend und enthebt den Richter nicht, das Aktenstück nach seiner wirklichen Beschaffenheit zu beurtheilen. Der sog. Revers enthält nun nicht etwa die Erklärung, daß, wenn der Kläger auch thatsächlich den erwähnten Wiesen das Wasser entziehe, diesem thatsächlichen Verhältnisse nicht die Bedeutung einer verjährungsweisen Besitzesausübung zukommen solle, sondern das Aktenstück enthält das Versprechen, resp. die Verpflichtung, daß der Kläger das Wasser den Wiesen nie entziehen und die Interessen der Mattenbesitzer nie gefährden wolle.

Wenn nun der Kläger behauptet, daß er trotz dieser von ihm ausgestellten Verpflichtung seit jener Zeit (1854) nach Bedürfniß das Wuhr geöffnet und das Wasser abgeleitet und zwar während der Verjährungszeit, so hat unzweifelhaft diese Besitzesausübung, wenn sie wirklich stattgefunden, die Bedeutung der erwerbenden Verjährung. Es liegt eben im Wesen der Verjährung als eines allgemeinen gesetzlichen Erwerbungsgrundes von Rechten, daß jeder Besitzstand, welcher 10 Jahre lang unter den in §. 851 aufgeführten Voraussetzungen angedauert hat, den Rechtserwerb begründet. Daher kann z. B. auch gegenüber einem Verbot oder einem richterlichen Urtheil die Verjährung laufen.

Ob in der Berufung auf die Verjährung in Fällen, wie der vorliegende, ein moralisch nicht zu billigendes Vorgehen liege, hat der Richter nicht zu untersuchen; wenn dem Kläger ein gesetzliches Recht zur Seite steht, so darf ihm der Richter die Anerkennung nicht versagen.
U. v. 20. März 1867.

376. In der Thatsache, daß ein im Jahr 1855 zum Schutze eines Grundstücks erwirktes Verbot bis zur Stunde richterlich nicht aufgehoben worden, wollte ein unbedingtes Hinderniß des verjährungsweisen Erwerbs eines Wegrechts über dieses Grundstück erblickt werden.

Allein diese Thatsache schließt ein solches Hinderniß nicht in sich. Die Verjährung hebt jeden entgegenstehenden Rechtstitel in seinen rechtlichen

Wirkungen auf, sobald sie einmal begründet ist und es unterliegt keinem Zweifel und ist in der Praxis längst anerkannt, daß sie auch gegenüber einem richterlichen Urtheil oder Verbot laufe und solche Titel zu zerstören vermöge.

Damit steht die Bestimmung des §. 333 der P.=O., welche vorschreibt, daß ein nicht durch Rechtsdarschlag entkräftetes Verbot so lange bestehe, bis es durch ein gerichtliches Urtheil aufgehoben wird, nicht im Widerspruch. Diese Bestimmung findet wohl Anwendung, wenn Verbotsübertretungen eingeklagt werden; allein es ist dadurch keineswegs ausgesprochen, daß ein Verbot nicht auch wie jeder andere Rechtstitel den allgemeinen Wirkungen und Gesetzen der Verjährung unterliege.

Es muß daher, trotzdem, daß das Verbot richterlich nicht aufgehoben worden, die Behauptung, daß dem Verbot seit dessen Erlaß zuwidergehandelt und das geltend gemachte Wegrecht durch Ersitzung erworben worden, als eine erhebliche betrachtet und dem Beweis unterstellt werden. U. v. 24. Februar 1869.

377. Für die bestimmte Benützungsweise einer von zwei Eigenthümern gemeinsam besessenen Tenne wurde von einem der letztern, welcher als Kläger aufgetreten, der Beweis der Verjährung beantragt. Das Bezirksgericht verwarf die Klage, von der Anschauung geleitet, daß das vom Kläger in Anspruch genommene Recht weder erwiesen noch auf dem Wege des Verjährungsbeweises erstellbar sei, weil Kläger den Hausantheil erst seit wenigen Jahren benütze und der Besitz seiner Rechtsvorgänger ihm nicht zu statten kommen könne.

Diese Anschauung des Bezirksgerichts ist aber unrichtig. Das vom Kläger verfolgte Recht, die Tenne in der von ihm verlangten Weise zu benutzen, erzeigt sich nicht als ein persönliches, sondern als ein mit dem Hausantheil verbundenes, resp. diesem zustehendes; darum erscheint denn auch mit Bezug auf die Ersitzung solcher Rechte nicht der jeweilige Besitzer der Liegenschaft, sondern die letztere selbst als das erwerbende Subjekt, und da dies bei allem Wechsel der Besitzer sich gleich bleibt, so ist jener Wechsel nicht geeignet, die Verjährung zu unterbrechen, sofern nur während der ganzen Dauer derselben das Recht zu Gunsten der Liegenschaft ausgeübt worden. In der Theorie wie in der Praxis gilt daher als unbestrittener Grundsatz, daß der jeweilige Besitzer einer Sache, der als solcher ein dingliches Recht auf dem Wege der erwerbenden Verjährung in Anspruch nimmt, sich den Besitz seines Rechtsvorgängers zu Nutzen ziehen kann. U. v. 20. Oktober 1871.

§§. 852—861.

378. Am 27. April 1853 war J. K. gestorben und sein Nachlaß mehrern Erben zugefallen. Im Jahr 1864 stellte einer der Erben, gestützt auf die Behauptung, es sei schon vor der am 2. und 3. Mai erfolgten Inventuraufnahme von Miterben ein Theil des zum fraglichen Nachlaß gehörigen Vermögens verheimlicht worden, das Begehren: diese Miterben seien richterlich zu verfällen, Alles, was ihnen über eine Verheimlichung von Vermögen des Erblassers bekannt sei, anzugeben und ihre Angabe eidlich zu erhärten.

Das Manifestationsbegehren mußte aber als durch Verjährung erloschen verworfen werden. Daß man es im Falle mit einem persönlichen Recht zu thun habe, kann wohl mit Grund nicht beanstandet werden, da die Befugniß, die Offenbarung von Vermögen anzubegehren, als Anspruch auf eine Leistung gegen eine Person sich herausstellt, ein solcher Anspruch aber nach gemeinrechtlichen Grundsätzen sowie auch nach der aarg. Gesetzgebung den Charakter eines persönlichen Rechts an sich trägt. Gerade deßhalb nun, weil ein persönliches Recht in Frage liegt, kommt §. 852 des a. b. G. zur Anwendung, welcher vorschreibt, daß persönliche Rechte durch Verjährung erlöschen, wenn sie während eines Zeitraums von 10 Jahren nicht geltend gemacht werden.

Der Anfang der Verjährungsfrist muß als in die Zeit der Aufnahme der Inventur und jedensfalls nicht in eine spätere Zeit fallend angenommen werden. Es ist dies aus der Klage selbst zu folgern, in welcher angegeben worden, daß die Vermögensverheimlichung vor der Inventuraufnahme stattgefunden, sodann aber auch aus dem Umstande, daß das Manifestationsbegehren im Falle eine Vervollständigung des Inventars zum Zwecke hat. U. v. 1. März 1865.

379. Wird ein Jauchebehälter, welcher Mehrern gemeinsam angehört, ausschließlich von einem der Miteigenthümer während der Verjährungsdauer benützt, so begründet diese zehnjährige Alleinbenützung für denselben noch keineswegs das volle Eigenthumsrecht an fraglichem Objekte.

Gemäß §. 854 des a. b. G. gehen nämlich dingliche Rechte durch die bloße Unterlassung der Ausübung nicht verloren, sondern es läuft die Verjährungsfrist erst vom Zeitpunkt an, wo der Berechtigte an der Ausübung seines Rechtes verhindert wird. U. v. 22. Februar 1869.*

* Bezüglich der Bestimmung, daß dingliche Rechte durch Nichtausübung nicht verloren gehen, siehe auch No. 164.

380. Gegenüber der Gemeinde Oftringen machte Herr J. J. Beriger vor dem Bezirksgericht von Zofingen Anspruch auf eine Parzelle Holzlandes; er behauptete nämlich, daß die Gemeinde das fragliche Land durch einen Bevollmächtigten im Jahr 1823 um Fr. 22. 80 a. W. seinem Vater zu kaufen gegeben und daß der Vater und, nach dem Ableben desselben, er als dessen Erbe das Holzland seitdem bis in neuester Zeit ununterbrochen im Besitze gehabt, indem er den verjährten Besitzstand beweislich aufrecht zu stellen sich anheischig machte.

Die Gemeinde verneinte, daß das Holzland an den Vater des Klägers verkauft worden und daß sich der letztere der Verjährung getrösten könne, weil erst in jüngster Zeit, durch Urtheil vom 20. September 1854, eine vom Kläger auf jener Waldparzelle vorgenommene Holzfällung als Frevel bestraft worden, welches Straferkenntniß in Rechtskraft erwachsen sei.

Da Kläger eingestehen mußte, daß er von dieser Strafabwandlung rechtzeitig Kunde erhalten, ohne dagegen irgendwelche Rechtsmittel vorzukehren, so schloß das Bezirksgericht, daß hiedurch das Eigenthumsrecht der Gemeinde Oftringen anerkannt und gemäß §. 861 lit. a des a. b. G. die Verjährung unterbrochen worden und verwarf das von J. J. Beriger gestellte, auf Zuspruch des Eigenthums an jener Waldparzelle gerichtete Klagbegehren.

Vermittelst der Nichtigkeitsbeschwerde gelangte die Sache an das Obergericht, welches darüber folgendermaßen urtheilte:

Die Vorschrift des §. 861 des a. b. G., auf welcher der Entscheid des Bezirksgerichts beruhe, beziehe sich offenbar auf den Fall, wo vom Kläger ein Eigenthumsrecht als durch Verjährung erworben beansprucht werde, während der Beklagte nachweisen könne, daß der Gegner *innerhalb der zur Eigenthumserwerbung nöthigen 10jährigen Frist* anerkannt habe, daß das Eigenthumsrecht ihm, dem *Beklagten*, zustehe, welche Anerkennung die Verjährung allerdings unterbreche. Es beschlage also die Gesetzesstelle nicht eine Aufhebung schon erworbener Eigenthumsrechte, sondern die Unterbrechung eines Zustandes, in welchem Eigenthum erworben werden wolle. Im vorwürfigen Falle anerbiete aber Kläger den Beweis, daß er schon lange vor der am 20. Septbr. 1854 abgewandelten Frevelanzeige volles Eigenthum an der fraglichen Waldparzelle erlangt habe.

Werde dieser Beweis geleistet, so könne das Frevelurtheil nicht zu dem im §. 861 lit. a berührten Falle der Anerkennung fremden Eigenthums in Beziehung gebracht werden, *da dieses Urtheil nicht innerhalb der Verjährungsfrist erlassen worden* und es erzeige sich dann die Klage als eine Rückforderung längst erworbenen Eigenthums

gegenüber der Beklagten, die sich infolge des mehrerwähnten Polizeiurtheils in den Besitz der streitigen Waldparzelle gesetzt habe.

Es könne sich also in Bezug auf das rechtskräftige Frevelurtheil nicht um die Frage handeln, ob dasselbe die Verjährung unterbrochen habe, sondern vielmehr um die Frage, ob das Vorhandensein dieses Urtheils auf eine Verzichtleistung des Klägers auf sein Eigenthum gegenüber der Beklagten schließen lasse, vorausgesetzt, daß dem Kläger der Beweis des behaupteten Eigenthumsrechts gelinge.

Das Urtheil wurde somit, weil nicht auf dem vom Kläger beantragten Verjährungsbeweis erkannt worden, als sich gegen die §§. 118 und 119 der P.-O. verstoßend aufgehoben. U. v. 12. September 1856.

381. Einer Forderungsklage wurde die Einrede der Verjährung entgegengehalten. Der Kläger machte darauf aufmerksam, daß die eingeklagte Summe, welche der bereits verstorbene Vater des beklagten Theils schuldig geworden und die nun von den Erben gefordert wurde, vor Ablauf der Verjährungsfrist von 10 Jahren im Beneficio Inventarii über den Erblasser eingegeben und dadurch die Verjährung unterbrochen worden sei.

Da der Zivilprozeß erst nach Verfluß der Verjährungsfrist angehoben worden, so war die Frage zu lösen, ob die Anmeldung der in der Klage geforderten Summe im Beneficio Inventarii über den Nachlaß des Vaters des beklagten Theils wirklich die Unterbrechung der Verjährung zur Folge habe.

Diese Frage wurde im verneinenden Sinne entschieden, und zwar mit folgender Betrachtung:

Die richterliche Bewilligung des amtlichen Güterverzeichnisses und die daherige Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungsrechte ist eine Rechtswohlthat, welche den Erben zu Statten kommt und nicht in der Absicht, Rechte Dritter von Neuem zu befestigen, sondern zu dem Zwecke in Anspruch genommen und ertheilt wird, rechtliche Gewißheit über den Zustand der Verlassenschaft in Soll und Haben zu erhalten. Durch den auf Grundlage des Beneficii Inventarii erfolgten Antritt der Erbschaft haben die Erben lediglich die Verlassenschaft in Rechten und Pflichten übernommen, resp. sich an die Stelle ihres Rechtsvorgängers gesetzt, so daß nur ein neuer Schuldner an die Stelle des bisherigen getreten, im Uebrigen aber das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner völlig unverändert geblieben ist. Aus einer nur dem Erben gesetzlich eingeräumten Wohlthat, von der er zum Schutze vor Nachtheil Gebrauch macht, kann der Gläubiger sowenig als ein

anderer Dritter Rechte herleiten, wie denn überhaupt Niemand aus dem Rechtsgebiete eines Andern gegen dessen Willen für sich Vortheile erringen darf.

Durch die Anmeldung der Forderungen im amtlichen Güterverzeichniß und den Erbschaftsantritt ist also einfach das Obligationsverhältniß in seinem unveränderten Bestande auf die Erben übertragen worden. Daraus folgt, daß die Forderungsanmeldung den Kläger lediglich gegen den auf den Unterlassungsfall angedrohten Rechtsnachtheil des Verlurstes des Forderungsrechtes schützt (§. 303 der P.=O.), unmöglich aber die Geltendmachung des Forderungsrechtes selbst, beziehungsweise die rechtliche Einforderung, durch welche allerdings die Verjährung unterbrochen wird, vertreten kann. U. v. 1863.

382. Der klägerisch geltend gemachten Behauptung, daß das Recht des Eigenthums an Liegenschaften durch Verjährung erworben worden, wurde vom Beklagten die Einrede der Unterbrechung derselben entgegengehalten, indem er behauptete, daß er vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Klage auf Anerkennung des Eigenthums an den fraglichen Realitäten eingereicht habe.

Der Kläger hatte die Ansicht verfochten, daß von der Unterbrechung der Verjährung deßhalb nicht die Rede sein könne, weil er die Klage, von welcher der Beklagte Erwähnung gethan, durch eine fristliche Einrede aus dem Felde geschlagen habe.

Allein ein ausreichender Haltpunkt für diese Ansicht des Klägers ist nicht vorhanden. Das hier Entscheidende besteht eben darin, daß der Beklagte binnen der Verjährungsfrist mit seinen Ansprüchen auf die erwähnten Liegenschaften klagend aufgetreten ist, daß also von einer Anerkennung der vom Kläger beanspruchten ausschließlichen Eigenthumsrechte — auf welcher Voraussetzung allein die Verjährung beruht — nicht gesprochen werden kann, zumal die einfache Thatsache der Klaganhebung und Zustellung laut §. 861 des a. b. G. und §. 83 der P.=O. die Unterbrechung der Verjährung verursacht. U. v. 19. Oktober 1859.

383. Die einer Forderungsklage gegenüber angebrachte Einrede der Verjährung wurde durch die Replik zu entkräften gesucht, daß die Parteien der eingeklagten Forderung wegen vor Ablauf der Verjährungszeit vor dem Friedensrichter erschienen seien und daselbst in gesetzlicher Weise darüber verhandelt haben, wodurch die Verjährung unterbrochen worden sei.

Bei Prüfung dieser Verjährungsfrage kommt §. 861 des a. b. G.

zur Anwendung, wo es heißt: „Die erwerbende sowohl als die erlöschende Verjährung wird unterbrochen durch die Anhebung des Rechtsstreites von Seite des Berechtigten, wozu in Schuldsachen schon die rechtliche Einforderung der Schuld oder eines Zinses zu zählen ist." Die Unterbrechung der Verjährung wird also dieser Bestimmung gemäß durch die rechtliche Einforderung der Schuld herbeigeführt.

Unter dem Ausdruck „rechtliche Einforderung" muß nun auch die Geltendmachung der Forderung, die vor dem Friedensrichter stattgefunden, verstanden werden. Wenn die dem friedensrichterlichen Vermittlungsversuche in der Regel vorangehende Betreibung, was wohl nicht in Zweifel gezogen werden kann, die Verjährung unterbricht, so muß gewiß auch die nicht vom Willen der Parteien abhängige, sondern durch das Gesetz geforderte Erscheinung vor dem Friedensrichter von gleicher Wirkung sein, da diese schon als ein weiterer Schritt auf dem Wege der rechtlichen Geltendmachung des Anspruchs, gleichsam als eine gesteigerte Betreibung anzusehen ist. U. v. 23. Jenner 1861.

384. Ein Forderungsanspruch wurde vom Kläger folgendermaßen begründet: Laut Obligation vom 3. Febr. 1837 sei ihm der Beklagte ein Darlehen von Fr. 200 a. W. schuldig geworden. Die Schuldurkunde bestimme, daß das Kapital innert der Frist eines Monats nach der Verfallzeit zu 4 %, später aber zu 5 % zu verzinsen und bei geschehener Aufkündung nach drei Monaten zurückzuzahlen sei. Er, der Kläger, habe unterm 27. Jänner 1847 gegen den Beklagten für zwei Zinse Betreibung angehoben; derselbe habe das Bot gütlich angenommen und erklärt, daß diese Annahme für ihn so verbindlich sein solle, wie wenn ihm solches mit amtlicher Bewilligung durch den Weibel eröffnet worden wäre; ebenso sei auch das zweite und dritte Bot angenommen worden.

Der Beklagte hielt der Forderung unter anderm die Einrede der Verjährung entgegen, welche auch als begründet erklärt wurde; man fand nämlich: Die B. G. S. bestimme in der Satzung 3 und 4, Fol. 121 als Erforderniß der Verjährung einer fälligen Forderung, daß sie binnen 10 Jahren rechtlich nicht gefordert oder davon kein Zins bezogen worden. Die Forderung, welche in Frage stehe, sei nach der Angabe des Klägers und der Privatschuldverschreibung den 3. Febr. 1837 entstanden und habe jeden Augenblick aufgekündet und hierauf nach drei Monaten eingetrieben werden können. Die Forderung sei also von Anfang an eine fällige gewesen und habe deßhalb die Verjährung den 3. Febr. 1837 zu laufen begonnen und an dem gleichen Tage des Jahres 1847 ihre Vollendung erreicht, wenn inzwischen kein Zins be-

zahlt oder rechtlich gefordert worden. Es sei nun nicht dargethan, daß eine Zinszahlung erfolgt sei und es frage sich daher nur noch, ob auch die rechtliche Einforderung unterblieben sei.

In dieser Beziehung behaupte der Kläger, er habe den 27. Jenner 1847 (also vor Ablauf der Verjährungsfrist) den Beklagten rechtlich betreiben wollen, worauf dieser die drei ersten Bote freiwillig so angenommen habe, wie wenn sie ihm rechtlich angelegt worden wären. Wirklich enthalte der zu den Akten gebrachte Betreibungsakt die vom Beklagten unterzeichnete gütliche Annahme der Triebbote, allein in dieser Thatsache könne nicht die zur Unterbrechung der Verjährung vorgeschriebene rechtliche Einforderung der Schuld oder der Zinsen erblickt werden.

Nach der Vorschrift der §§. 1 und 2 der Verordnung über das Schuldbetreibungswesen vom 3. Christmonat 1830 habe jeder Gläubiger, der im Falle sei, einen Schuldner zu betreiben, sich beim Gemeindeammann des Wohnorts des Schuldners dafür anzumelden, worauf derselbe die Bewilligung der Betreibungsbote ertheile und deren Bestellung dem Gemeindeweibel auftrage. Nun fehle dem vorliegenden Betreibungsakte die Bewilligung des Gemeindeammanns, ohne diese habe aber dem Schuldner mit rechtlicher Wirksamkeit gar kein Triebbot angelegt werden können, selbst ein durch den Gemeindeweibel verrichtetes wäre ungültig und wirkungslos, um so mehr müsse ein gütlich angenommenes dahin fallen. Die ohne Dazwischenkunft der Behörde zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner gütlich vereinbarte Vorkehr eine ernstliche Betreibung zu nennen, wäre ein Widerspruch, weil das, was gütlich geschehn, nicht rechtlich, d. h. durch Zwang erwirkt worden.

U. v. 20. Febr. 1854.

385. Die rechtliche Betreibung einer Forderung unterbricht die Verjährung, auch wenn dieselbe nicht fortgesetzt wird.

Der in einer Forderungsstreitigkeit erlassene erstinstanzliche Entscheid sprach sich für die entgegengesetzte Ansicht aus, indem er auf §. 77 des (frühern) Betreibungsgesetzes Bezug nahm, welcher vorschreibt: „Setzt der Gläubiger eine angehobene Betreibung während 12 Monaten nicht fort, ohne durch einen gesetzlichen Grund (§. 72) verhindert zu sein, so erlöscht dieselbe mit ihren Folgen."

Diese Bestimmung vermochte aber die Verjährungsunterbrechung nicht unwirksam zu machen, denn dieselbe will wohl nichts anderes festsetzen, als daß eine Betreibung, welche während 12 Monaten liegen gelassen worden, wieder von neuem angehoben werden müsse; offenbar aber wollte durch diese Vorschrift in die Grundsätze über Verjährung nicht

eingegriffen werden. Im Falle wurde gegen die Betreibung ein Rechtsdarschlag versetzt und dadurch nach §. 61 des Betreibungs-Gesetzes die Einstellung der Betreibung bewirkt, so daß eine Fortsetzung derselben gar nicht zulässig gewesen wäre. U. v. 7. Jenner 1867.*

* Ebenso wurde entschieden durch Urtheil vom 1. Dezember 1858.

386. Gegen ein auf Rechnungsstellung gerichtetes Klagbegehren hatte sich der Beklagte mit der Einrede der Verjährung vertheidigt. Diese Einrede glaubte der Kläger mit der Entgegnung beseitigen zu können, daß vor einigen Jahren, noch in offener Frist, zwischen ihm und dem Gegner eine friedensrichterliche Verhandlung stattgefunden, wobei das Begehren um Stellung der Rechnung angebracht und dadurch die Verjährung unterbrochen worden sei.

Diese friedensrichterliche Verhandlung, die in Wirklichkeit gepflogen worden, genügt nun aber nicht, um die Unterbrechung der Verjährung zu konstatiren, denn nach §. 861 des a. b. G. wird die Verjährung regelmäßig erst durch die Anhebung des Rechtsstreites von Seite des Berechtigten unterbrochen. Der Rechtsstreit wird aber nicht schon mit dem friedensrichterlichen Vermittlungsversuche, sondern erst mit der Zustellung der Klage oder einer stellvertretenden Rechtsvorkehr angehoben (§. 83 der P.-O.)

Wohl ist die friedensrichterliche Verhandlung in gewissen Fällen ebenfalls geeignet, die Verjährung zu unterbrechen, nämlich dann, wenn die rechtliche Betreibung diese Wirkung hat, d. h. in Schuldsachen (§. 861 l cit.). In diesen Fällen bewirkt im Sinne des Gesetzes und gemäß bisheriger Praxis der friedensrichterliche Vermittlungsversuch eben sowohl die Unterbrechung der Verjährung als die Betreibung, welche regelmäßig dem Vermittlungsversuch vorauszugehen pflegt. Allein ein solcher Fall liegt jetzt nicht vor; gemäß dem Wortlaute des Weisungsscheines handelt es sich nicht um eine Schuldsache, d. h. um eine quantitativ bestimmte Forderung, welche auf dem Betreibungsweg hätte geltend gemacht werden können, sondern lediglich um das Begehren um Rechnungsstellung, also um ein Begehren, das nicht auf dem Wege der Betreibung, sondern nur durch die förmliche Anhebung des Rechtsstreites in wirksamer Weise angebracht werden kann. U. v. 2. Dezember 1869.

Vierter Theil.

Erbrecht.

Vierter Theil.

Von dem Erbrecht.

Erstes Hauptstück.

Von der Verlassenschaft eines Verstorbenen.

§§. 862—872.

387. Eine gegen A. D. geführte Forderungsklage wurde auf die Angabe gestützt, daß dem X. S., der das Schmiedehandwerk ausgeübt, Eisenwaaren geliefert worden, daß der Empfänger dieser Waaren gestorben sei und dessen verlassenschaftliches Vermögen dann der beklagte A. D. behändigt habe, aus welcher Behändigung die Zahlungspflicht des Beklagten gefolgert werden müsse.

Ohne daß die Klage behauptet, daß der Beklagte der Erbe des Empfängers der Eisenwaaren geworden, wurde derselbe vom Bezirksgericht zur Bezahlung verurtheilt, welches angenommen, daß der Beklagte durch die klägerisch behauptete und antwortlich nicht verneinte Behändigung der Hinterlassenschaft des X. S. die Erbschaft erworben habe.

Nach Mitgabe des §. 865 des a. b. G. liegt aber der Rechtsgrund zur Erwerbung einer Erbschaft im Gesetz, in einer letzten Willensverordnung, oder in einem Erbvertrage. Daß der Beklagte durch Gesetz oder Testament zur Erbschaft berufen worden, wird von keiner Seite behauptet. Der Erwerb der Erbschaft kann auch nicht auf einen Erbvertrag zurückgeführt werden; es existirt also kein legitimer Anfallsgrund zu Gunsten des Beklagten und kann daher auch von der Annahme einer angefallenen Erbschaft im Sinne des Gesetzes nicht die Rede sein (§. 867).

Nur derjenige, welcher die ihm aus einem im §. 865 angegebenen Delationsgrunde angefallene Erbschaft angenommen, tritt nach Vorschrift des §. 870 als wirklicher Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten der

Verlassenschaft ein. Mögen daher vom Beklagten noch so viele erbschaftliche Gegenstände behändigt worden sein, ist aber nicht nachgewiesen, daß er gesetzlicher oder testamentarischer oder vertragsmäßiger Erbe sei, so kann er für Verbindlichkeiten des Erblassers nicht belangt werden, indem die Behändigung von Erbschaftssachen durch Dritte nicht als Delations- oder Acquisitionsgrund zu betrachten ist, wohl aber den berechtigten eigentlichen Erben einen Anspruch auf Restitution, Schadensersatz ꝛc. gewährt.

Das untergerichtliche Urtheil mußte daher wegen offenbarer Gesetzesverletzung als nichtig aufgehoben werden. U. v. 28. Juni 1865.

Zweites Hauptstück.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Erbrechte der ehelichen Verwandten.

§§. 876—886.

388. Im Jahr 1807 verstarb Johann Suter von Rein mit Hinterlassung einer Wittwe, Susanna geb. Steiner und einer Tochter, Verena Suter. Im November 1808 verehelichte sich die Wittwe Suter abermals mit Heinrich Richner von Windisch, aus welcher Ehe ebenfalls Kinder hervorgingen.

Als die Wittwe Suter, verehelichte Richner am 23. Dezember 1867 gestorben — ihr Ehemann Richner war ihr schon früher im Tode vorangegangen — wurde von deren Tochter erster Ehe, Verena, resp. ihren drei Kindern, welche sie ihrem Ehemanne Kaspar Dambach von Bözberg gebar, kundgethan, daß sie im Vereine mit den Kindern aus zweiter Ehe ihrer Großmutter Susanna, geb. Steiner — den Kindern Richner — als Erben derselben betrachtet werden wollen. Die Kinder Dambach wiesen unter Anrufung der §§. 878, 879 und 880 des a. b. G. darauf hin, daß den Kindern der Wittwe Susanna, geb. Steiner aus erster und zweiter Ehe erbrechtliche Ansprüche an deren Verlassenschaft zustehen, daß somit die Kinder Dambach, welche die Tochter

erster Ehe repräsentiren, mit den Kindern Richner — den Kindern zweiter Ehe — als Erben konkurriren.

Die letzteren, als Beklagte, bestreiten den Anspruch der ersteren, indem sie anführten: Die Erblasserin habe im Jahr 1809 bei Eingehung der zweiten Ehe mit Heinrich Richner mit ihrem Kinde erster Ehe — der Mutter der Kläger — nach den Vorschriften der damals in Kraft bestandenen berner Gerichtssatzung das Vermögen getheilt; die Kläger hätten demnach bereits erhalten, was ihnen aus dem Vermögen der Erblasserin gebühre und seien jedenfalls von einem weitern Erbrecht ausgeschlossen.

Die angerufene Bestimmung der berner Gerichtssatzung (I. Tit. XI. Satzg. 9), nach welcher diese Theilung stattgefunden, lautet: „Wenn die „Mutter Kinder aus erster Ehe und dann auch andere eheliche Kinder, „die sie bei ihrem nachgehenden Ehemann geboren, hinterläßt, so soll „ihr Theil Guts, so ihr in der mit ihren ersten Kindern getroffenen „Theilung zugekommen, den Kindern von nachgehender Ehe erblich zu„fallen und zugehören, ohne bemeldt ihrer ersten Kinder Widerrede." Die Ansicht der Beklagten müßte daher allerdings die richterliche Anerkennung finden, wenn die berner Gerichtssatzung auf den vorwürfigen Erbfall noch Anwendung finden könnte. Allein dies ist nicht der Fall. Die §§. 1 und 2 des Einführungsgesetzes zum Erbrecht (v. 14. Wintermonat 1855) bestimmen, daß bis zum 1. Hornung 1856 die bisherigen auf erbrechtliche Verhältnisse sich beziehenden Gesetze, Statuten und Gewohnheiten auf diejenigen Fälle Anwendung finden, in welchen der Erblasser vor dem 1. Hornung 1856 verstorben, daß dagegen für Fälle, in denen der Erblasser nach dem 1. Hornung 1856 verstorben, das neue Erbrecht in Wirksamkeit zu treten habe. Da nun die Wittwe Susanna Richner am 23. September 1867 gestorben, so kommen unzweifelhaft die §§. 878, 879 und 880 des gegenwärtigen Erbgesetzes zur Anwendung und kann im Hinblick auf diese Gesetzesbestimmungen den Klägern eine Erbberechtigung an der Verlassenschaft ihrer Großmutter nicht abgesprochen werden. U. v. 21. Jenner 1869.

389. Es ergab sich die praktisch wichtige Frage, ob die Söhne, welche von dem ihnen in §. 879 des a. b. G. eingeräumten Vorrecht der Uebernahme der erbschaftlichen Liegenschaften Gebrauch zu machen wünschen, schuldig seien, sich zur Uebernahme zu erklären, *bevor der Marktpreis durch Sachverständige ausgemittelt worden, oder ob der Abgabe dieser Erklärung die Ausmittlung des Marktpreises vorangehen müsse.* Der §. 879 des a. b. G. enthält nämlich die Vorschrift: „Die Verlassenschaft fällt den Kindern zu gleichen Theilen

an; jedoch sind die Liegenschaften (Gebäulichkeiten inbegriffen) den Söhnen auf ihr Verlangen um den Marktpreis zu überlassen."

Das Bezirksgericht war bei Entscheidung der Frage von der Anschauung ausgegangen, das zu Gunsten der Söhne geschaffene Rechtsverhältniß entbehre des Wesens eines Vertrages und insbesondere eines Kaufvertrages, indem die Voraussetzungen der §§. 668 und 669 fehlen; er trage dagegen die Eigenschaften einer Zwangsenteignung, indem die Töchter ihre idealen Antheile an den Liegenschaften den Söhnen überlassen müßten. Bei dieser Art der Erwerbung müsse nun aber vor Allem der Wille zur Erwerbung vorhanden und in einer verbindlichen Form ausgesprochen sein und dann erst werde der Preis ausgemittelt, während beim Kauf die vorherige Ermittlung des Preises erforderlich sei.

Dieser Auffassung konnte das Obergericht nicht beipflichten. Der §. 879 stellt allerdings eine von gewöhnlichen Käufen abweichende Regel auf, nämlich die, daß der Preis statt durch die Kontrahenten, die sich nicht einigen können, durch Experten bestimmt werde; im Uebrigen ist aber das Geschäft in Wahrheit nichts anderes, als ein Kauf und hat alle wesentlichen Eigenschaften eines solchen. §. 879 spricht ausdrücklich davon, daß die Liegenschaften den Söhnen auf ihr Verlangen um den Marktpreis zu überlassen seien. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß das Gesetz dieses Geschäft nicht anders, denn wie einen ordentlichen erbschaftlichen Auskauf habe behandelt wissen wollen, zu dessen Perfektion die Willenseinigung bezüglich des Objektes und des Preises nothwendig ist. Daß aber der Preis bestimmt werde, ehe die Söhne sich zur Uebernahme der Liegenschaften erklärt haben, folgt mit Nothwendigkeit aus der Natur eines Kaufsgeschäfts, da die Bestimmung desselben zu seinem Wesen gehört.

390. Die Ausmittlung des Marktpreises der Liegenschaften, welche die Söhne im Sinne des §. 879 übernehmen zu wollen erklärten, wurde durch den Gemeinderath bewerkstelligt.

Da das Resultat dieser Schatzung die Parteien nicht befriedigte, ersuchte die eine derselben das Bezirksgericht, die Schatzung vorzunehmen. Nachdem diese Behörde dem Gesuche entsprochen, stellte die andere Partei, mit der gerichtlichen Schatzung nicht einverstanden, im ordentlichen Civilprozesse das Begehren: Es wolle eine neuerliche Schatzung und zwar durch Sachverständige angeordnet werden.

Dieses Begehren erwies sich als begründet. Die Grundlage der Theilung bildet nämlich da, wo nicht eine Naturaltheilung, sondern eine Theilung des Werthes der Sache stattfindet, die Schatzung (§. 430,

431 und 433 des a. b. G.). Diese Schatzung ist durch Sachverständige vorzunehmen und die Parteien haben das Recht zu verlangen, daß sowohl die Wahl der Sachverständigen als die Schatzung selbst nach den gesetzlichen Vorschriften, nämlich nach den Bestimmungen der Prozeßordnung erfolge. U. v. 2. April 1867.

391. Im Nachlasse des B. H. befindliche Liegenschaften, die dem Sohne im Sinne des §. 879 des a. b. G. überlassen werden mußten, wurden der Schätzung gerichtlich ernannter Experten unterworfen.

Der Sohn, der mit der Schatzung nicht einverstanden war, griff das erstattete Gutachten als ein unhaltbares an, weil er zur Beiwohnung bei der Expertenschatzung nicht eingeladen worden und weil der Bericht jeder Motivirung entbehre und verlangte, daß das Expertenbefinden aufgehoben und den Sachverständigen eine neuerliche gesetzliche Verhandlung aufgetragen werde.

Dieses Begehren ist in der Natur der Verhältnisse und im Gesetz begründet.

Die Vorschrift des §. 211 der P.-O., wornach die Parteien bei der Verhandlung zugegen sein sollen, ist eine allgemeine, welche bei jeder Expertise zu beachten ist. Den Parteien muß Gelegenheit geboten sein, den Experten die zweckdienlich scheinenden Bemerkungen zu machen und zwar in einem Falle, wie der vorliegende, um so mehr, als der Schatzung kein Prozeß vorangegangen und daher die Anbringen der Parteien bei der Vornahme der Schatzung unter Umständen ganz besonders wichtig sein können.

Für deren Ungültigkeit spricht aber auch der Umstand, daß die Sachverständigen unterlassen haben, ihr Gutachten mit Gründen zu unterstützen. §. 213 der P.-O. macht es den Experten zur Pflicht, dem Gutachten die Motive anzuschließen.

Den Parteien steht sodann nach §. 215 der P.-O. das Recht zu, die Vervollständigung des Gutachtens, wenn es an einem Mangel leidet, zu verlangen. Auch diese Bestimmung unterstützt das Begehren des Beschwerdeführers. U. v. 12. Dezember 1871.

Dritter Abschnitt.

Von dem Erbrechte der unehelichen Kinder.

§§. 887—893.

392. Ein im Jahr 1821 vom luzernschen Amtsgericht Sursee dem Vater zugesprochener unehelicher Sohn erhob im Jahr 1869 erbrecht-

liche Ansprüche auf dessen Nachlaß im Sinne des §. 888 des a. b. G. Da der Vater Bürger einer aargauischen Gemeinde gewesen, wurde dem Sohne das Erbrecht mit dem Einwande bestritten, daß der gerichtliche Zuspruch, weil er nicht von der aargauischen Behörde ausgegangen, rechtlich bedeutungslos erscheine und somit die Bedingung, von welcher §. 888 das Erbrecht des unehelichen Sohnes abhängig mache, nicht erfüllt sei. —

Es muß wohl zugegeben werden, daß der Gesetzgeber bei Erlaß fraglicher Bestimmung (des §. 888) allerdings an das Urtheil des aarg. Richters gedacht habe, weil nach dem damals in Kraft gewesenen Personenrecht ein uneheliches Kind nur vom Gerichte der Heimath dem Vater gültig zugesprochen werden konnte und zwar erst, nachdem dasselbe von ihm vor dem heimathlichen Gericht freiwillig anerkannt worden.

Allein der formelle Mangel, daß das Kind dem Vater durch das Gericht von Sursee zugesprochen worden, kann unter Umständen den Kläger von seiner Erbberechtigung nicht verschalten. Von keinem der Betheiligten wurde gegen den vom Gerichte zu Sursee erfolgten Kindeszuspruch irgend eine Einwendung gemacht, vielmehr nahmen alle, deren Interessen durch das Urtheil irgendwie berührt werden konnten, dieses an und wurde demselben in allen Theilen Vollzug gegeben.

Der Grundsatz, daß der Stand der unehelichen Kinder vom aarg. Richter zu bestimmen sei, mußte im Interesse des öffentlichen Rechts aufgestellt werden; hauptsächlich und vorzugsweise die Gemeinden haben ein Interesse daran, daß diesem Grundsatz nachgelebt werde. Wenn nun aber die Heimathgemeinde des Kantons den Spruch des luzernschen Richters anerkannte und demselben durch Eintragung des Klägers in das dortige Bürgerregister nachkam, wenn der privatrechtlich einzig betheiligte Vater des Klägers sich demselben ebenfalls fügte, so steht es jetzt dem Richter nicht mehr zu, demselben die Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit zu versagen. U. v. 12. Mai 1870.

393. Elisabeth W. war die Mutter einer unehelichen Tochter und sechs ehelicher Kinder, welche sie in der im Jahr 1842 mit Jakob W. geschlossenen Ehe geboren hatte; sie verstarb im Jahr 1856 und ihr Vater folgte ihr im Jahr 1859 im Tode nach.

Die uneheliche Tochter machte nun Anspruch darauf, daß ihr aus dem Nachlasse dieses Großvaters ein Antheil zugeschieden werde, nämlich der siebente Theil von demjenigen Gute, das den Erben dieser Mutter zufalle, welcher Anspruch aber von dem Vertreter der sechs ehelichen Kinder der Elisabeth W. bestritten wurde.

Ueber diesen Anspruch der unehelichen Tochter fand man:

Der Entscheid der Frage, ob derselbe begründet sei, hange davon ab, ob der unehelichen Tochter das Erbvertretungsrecht zukomme, d. h. ob sie bei Beerbung des Großvaters an die Stelle ihrer Mutter treten könne und neben den ehelichen Kindern derselben zu konkurriren berechtigt sei Der Anspruch der Klägerin werde auf §. 893 des a. b. G. gegründet. Dieser Paragraph räume nun in Hinweisung auf §. 880 des gleichen Gesetzes den unehelichen Kindern das Recht der Erbvertretung ein.

Die diesfällige Bestimmung müsse daher auch soweit für den Richter maßgebend sein, als das Gesetz keine Beschränkung derselben ausgesprochen. Eine solche Beschränkung liege nun aber in §. 889, welcher verordne, daß uneheliche Kinder von Verwandten des Vaters und der Mutter in aufsteigender Linie die Hälfte der Verlassenschaft erben, jedoch nur dann, wenn diese keine ehelichen Nachkommen hinterlassen.

Da nun die Mutter W. sechs eheliche Kinder hinterlassen, so könne es der angeführten Bestimmung zufolge kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Klägerin als unehelich auf den Nachlaß des Großvaters keinen Anspruch zu machen habe. U. v. 30. März 1865.

Vierter Abschnitt.

Von dem Erbrecht der Ehegatten.

§§. 894—904.

394. Von der Wittwe F. E. wurde eine zum Nachlasse ihres verstorbenen Ehemannes gehörende Forderung im Betrage von Fr. 604. 88 eingeklagt.

Der Beklagte, der sich dem klägerisch erhobenen Forderungsanspruch widersetzte, bestritt vor allem der Klägerin die Legitimation zur Sache, indem er entgegnete, daß derselben allerdings die Verwaltung und Nutznießung der Verlassenschaft ihres (im Jahr 1864) verstorbenen Ehemannes zukomme, daß aber das Recht der Verwaltung und Nutznießung nicht das Recht in sich schließe, Forderungen, die zu diesem Nachlasse gehören, auf dem Wege des Prozesses geltend zu machen, da ein solches Recht einzig und allein den Kindern der Klägerin, denen das Eigenthum am Nachlaß ihres Mannes gebühre, zustehe.

Diese Entgegnung des Beklagten muß, als durch die Doktrin und die Natur der Sache gerechtfertigt, gut geheißen werden. Durch den

diesfälligen Prozeß, der sich um die Frage dreht, ob die eingeklagte Forderung eine zu Recht bestehende sei, wird in der That über das Wesen der Sache verfügt, und zwar dies um so mehr, als im Prozesse in Wirklichkeit eine Art der Veräußerung erblickt werden muß. Wer sich über eine Sache in einen Prozeß einläßt, der thut dies mit dem Bewußtsein, daß das Eigenthum an dieser Sache ganz oder theilweise für ihn verloren gehe, wenn der richterliche Entscheid ganz oder theilweise zu seinen Ungunsten ausfalle. Es ist nun aber ein ausschließliches Recht des Eigenthümers einer Sache, über dieselbe eine solche Bestimmung zu treffen, welche einer förmlichen Veräußerung gleichkommt.

Der Klägerin mangelt daher die Befugniß zur Geltendmachung der Forderung und zwar dies ebenso sehr, als sie nicht berechtigt war, von dem Betrage, den sie als ursprüngliche Schuld des Beklagten bezeichnete, abzugehen und sich mit einer geringern Summe zu begnügen; denn einzig den Eigenthümern, den Kindern der Klägerin, wäre es zugekommen, auf den diesfälligen vermögensrechtlichen Anspruch Verzicht zu leisten. U. v. 21. Dezember 1869.

395. Das Eigenthum der Verlassenschaft in den in den §§. 894, 895 und 896 erwähnten Erbfällen bleibt den Nachkommen des abgestorbenen Ehegatten. §. 897 des a. b. G.

Welche Bedeutung diesem „Eigenthum" zukomme, falls die Mutter vorabstirbt und es sich um deren Nachlaß, der den Kindern anfällt, handelt, ist in Nr. 47 dargestellt; daselbst wird nämlich erörtert, daß die Verlassenschaft der Mutter als ein Forderungsrecht gegenüber dem überlebenden Ehemanne sich erzeige und daß dieses Forderungsrecht auf die Kinder übergehe.

396. Worin die vermögensrechtliche Stellung der Ehefrau bestehe, wenn der Ehemann zuerst mit Tod abgeht, erhellt aus dem Jahresbericht des Obergerichts für 1863, Seite 17; dort läßt sich die Behörde in dieser Beziehung folgendermaßen vernehmen:

Wenn es auch anerkannt werden muß, daß die fragliche Materie in unserm Gesetze nicht gerade mit besonderer Klarheit sich dargestellt findet, so kann unseres Erachtens über den Sinn und die Bedeutung der hierauf bezüglichen Bestimmungen doch kaum ein ernstlicher Zweifel walten. Vor allem muß der in §. 53 des a. b. G. ausgesprochene Grundsatz, daß der Ehefrau hinsichtlich des in die Ehe gebrachten Vermögens eine Forderung an ihrem Ehemanne zustehe, festgehalten werden. Im Falle nun, daß die Ehefrau vor ihrem Manne stirbt,

geht diese Forderung, als ihr Nachlaß, auf ihre Erben über (§§. 894 bis 902). Die Forderung ist aber nicht realisirbar, weil das Gesetz dem überlebenden Ehemanne die lebenslängliche Verwaltnng und Nutznießung der Verlassenschaft seiner Ehefrau (der Forderung derselben) zusichert.

Durch die genannten Gesetzesvorschriften sind aber auch die Rechte der Ehefrau am Nachlasse ihres Mannes festgestellt. Daß sie im Falle ihrer Wiederverehelichung berechtigt sei, ihr Gut, d. h. die Summe, welche ihr in die Ehe gebrachtes Vermögen vertritt, anzusprechen, ergiebt sich aus der Natur der Sache, aber auch aus §. 898, wonach für dieselbe, wenn sie sich wieder verheirathet, nur die Verwaltung und Nutznießung der Verlassenschaft ihres Ehemannes verloren geht, nicht aber ihr eigenes Vermögen.

Das Gleiche ergiebt sich gemäß Schlußfolgerung aus dem Gegensatze auch aus dem §. 904, welcher die Errungenschaft dem Ehemann als Eigenthum zuwendet.

Sein Nachlaß besteht also aus seinem eigenen zugebrachten und dem erworbenen Vermögen, nicht aber auch aus dem Vermögen seiner ihn überlebenden Ehefrau, das wie zu seiner Lebzeit als eine Forderung der Ehefrau und als eine Schuld des Ehemannes oder seines Nachlasses fortbesteht und das sie bei ihrer Wiederverehelichung von den Erben des Mannes aus dessen Verlassenschaft herausverlangen kann.

397. Sind keine Erben der ersten Klasse und keine erbberechtigten unehelichen Nachkommen, hingegen Erben der zweiten, dritten oder vierten Klasse vorhanden, so erhält nach §. 901 des a. b. G. der überlebende Ehegatte die eine Hälfte der Verlassenschaft als Eigenthum und die andere Hälfte zur lebenslänglichen Nutznießung.

Diejenige Verlassenschaftshälfte, bezüglich welcher dem überlebenden Ehegatten die lebenslängliche Nutznießung zukommt, wird sogleich beim Hinscheide des Erblassers Eigenthum der Erben zweiter (resp. dritter oder vierter) Klasse, so daß denselben nicht etwa bloß eine erst später sich realisirende Anwartschaft zugesichert ist.

Im Momente des Todes des Erblassers fällt ihnen nämlich das Erbe an und mit dem Erbsanfall werden sie auch Eigenthümer der fraglichen Verlassenschaft. Vgl. Nr. 184, sowie Nr. 421.

Drittes Hauptstück.

Von den letzten Willensverordnungen überhaupt und von den Erbseinsetzungen insbesondere.

Erster Abschnitt.

Von der Errichtung und Form letzter Willensverordnungen.

§§. 906—913.

398. J. J. M. und dessen Ehefrau verordneten in einer mit der Ueberschrift „Testament" versehenen Urkunde:

1. Der überlebende Ehegatte bleibt im vollen unbeschränkten Besitz und Eigenthum des zugebrachten, ererbten und erworbenen Vermögens bis zu seinem Lebensende; demselben ist auch die Befugniß eingeräumt, nach dem Vorabsterben des andern Ehegatten durch Testament oder auf andere rechtsgültige Weise über denjenigen Theil unseres Vermögens zu verfügen, welcher nach diesem Testamente seinen eigenen Blutsverwandten zugedacht ist.
2. Zu Haupterben, denen nach unserm beidseitigem Absterben unser Nachlaß zukommen soll, setzen wir ein S. S. und dessen Ehefrau.

In dem Aktenstücke sind dann noch Legate zu Gunsten der Verwandten des Ehemanns und der Ehefrau und für wohlthätige Zwecke ausgesetzt.

Die Intestaterben der fraglichen Eheleute traten nun gegen diesen Akt auf und bestritten demselben die Rechtsgültigkeit mit dem Anbringen, daß er seiner rechtlichen Natur nach ein Ehevertrag sei, daß aber bei dessen Errichtung die vorgeschriebene Förmlichkeit nicht beobachtet worden, nämlich von Seite der Ehefrau die Beiziehung eines Beistandes nicht stattgefunden habe.

Um zu begründen, daß man es im Falle mit einem Ehevertrag zu thun habe, machten die Kläger auf Folgendes aufmerksam: Jeder der beiden Ehegatten habe nicht nur über sein eigenes, sondern auch über das Vermögen des Andern verfügt; dem Ueberlebenden der beiden

Ehegatten sei die freie Befugniß, über sein Vermögen zu disponiren, genommen und werde ihm bloß gestattet, über denjenigen Theil des ganzen beidseitigen Vermögens zu verfügen, welcher in der fraglichen Urkunde seinen eigenen Blutsverwandten zugeschrieben sei; es seien das Bestimmungen eines Ehevertrages und nicht eines Testaments, dessen Natur und Wesenheit erheische, daß der Testator nur über seinen Nachlaß verfüge und es ihm freistehe, dasselbe zu widerrufen.

Die erwähnten Eheleute haben nun ihren Akt als Testament bezeichnet, in der gesetzlichen Form eines solchen errichtet und dadurch den Willen kund gethan, daß derselbe auch als solches Geltung haben solle. Der Akt muß auch als Testament aufrecht erhalten werden. Wenn auch der Inhalt desselben ebenso wohl Gegenstand eines Ehevertrages hätte sein können und wenn auch seine Fassung in gewisser Beziehung der Anschauung Raum giebt, daß die Eheleute über eine gemeinsame Masse verfügt und demzufolge ein Ehegatte über das Vermögen des Andern mitdisponirt, so ist nach eben diesem Wortlaut die Annahme nicht ausgeschlossen, daß in dem Testament jeder Ehegatte nur über sein eigenes Vermögen und zwar zunächst zu Gunsten des überlebenden Theils und dann durch fideikommissarische Substitution zu Gunsten Dritter Verfügungen getroffen habe.

Der Klagetheil ist dann der Ansicht, daß die Urkunde schon deßhalb als ungültig zu betrachten sei, weil die Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten überhaupt als unstatthaft erscheine. Allein diese Ansicht findet weder in der Natur der Sache, noch in dem bürgerlichen Gesetze ihre Begründung. Der Wesenheit eines Testamentes steht es nicht entgegen, daß zwei Personen ein solches gemeinsam in einem und demselben Akte errichten und darin über ihren Nachlaß letztwillig verfügen; sodann findet sich im Gesetz keine Vorschrift, welche die Errichtung eines solchen Testaments als unzulässig erklärt. U. v. 26. Okt. 1861.

399. Eine Wittwe hatte vier Söhne. Bei ihrer Lebzeit kauften zwei dieser Söhne den dritten von seinem mütterlichen Erbe aus, starben aber vor der Mutter, ohne Nachkommen zu hinterlassen.

Als die Mutter verstorben war, wurde ein von derselben herrührendes Testament eröffnet, demzufolge dem 4., am Auskauf nicht betheiligt gewesenen Sohne $^1/_6$ der Verlassenschaft zum Voraus zugesichert und noch weitere Verfügungen zu seinen Gunsten getroffen waren.

Der ausgekaufte Sohn griff dieses Testament an, weil die Mutter ihre gesetzliche Verfügungsgewalt bezüglich des ihm zustehenden Notherbenrechtes überschritten habe. Der am Auskauf nicht betheiligt gewesene Bruder bestritt aber dem Kläger das Recht zur Klage resp.

zur Anfechtung des Testamentes, weil derselbe vermöge des mit den zwei andern verstorbenen Brüdern abgeschlossenen Auskaufs den ganzen Anspruch am Nachlasse seiner Mutter veräußert habe.

Vor Allem aus fiel nun in Betracht, daß der Erbvertrag, auf welchen der Beklagte seine Einrede stützte, nicht zwischen ihm und dem Kläger, sondern zwischen diesem und zwei andern Brüdern abgeschlossen worden und daher nur die beiden verstorbenen Brüder dem Kläger die Berechtigung zur Klage insoweit hätten bestreiten können, als er diesen gegenüber allerdings keine Ansprüche mehr an die mütterliche Verlassenschaft zu machen gehabt hätte. Nun waren aber diese beiden Brüder verstorben und auch nicht durch Nachkommen vertreten, mit ihrem Tode aber alle ihre Erbrechte auf den dereinstigen Nachlaß der Mutter — sowohl ihre persönlichen als die durch Auskauf erworbenen — untergegangenen und in Folge dessen der Erbvertrag gegenstandslos geworden. Gesetzt, ein Sohn würde alle seine Geschwister bei Lebzeiten der Eltern von dem Erbrecht auf die elterliche Verlassenschaft auskaufen, aber vor dem Erbanfall, ohne Nachkommen zu hinterlassen, absterben, so könnte keinem Zweifel unterliegen, daß mit seinem Tode der Auskauf alle rechtliche Wirksamkeit verloren hätte, vollständig dahinfiele und die ausgekauften Geschwister nach dem Tode der Eltern als Notherben angesehen und behandelt werden müßten.

Man fand, es verhalte sich in dem zur Entscheidung vorgelegenen Falle ganz gleich und wurde daher die aus dem Auskauf hergeleitete Einrede des Beklagten verworfen und der Kläger mit Beziehung auf das von ihm angefochtene Testament als natürlicher und gesetzlicher Erbe behandelt. U. v. 1865.

400. In Folge der Bestreitung einer Protestation gegen eine Vermögensabtretung wurde die grundsätzliche Frage zur Erörterung gebracht, ob die Geldstagsgläubiger eines vergeldstagten Schuldners das Recht besitzen, Notherbenrechte desselben — selbst gegen seinen Willen — geltend zu machen.

Es wurde nämlich angebracht: Wenn auch die Geldstagsgläubiger auf dem Wege des Nachgeldstages allerdings als befugt angesehen werden müßten, eine angefallene Erbschaft zur geldstaglichen Liquidation zu bringen, könne doch hierin nicht die Befugniß liegen, Namens des Vergeldstagten rein persönliche, aus dem Familienverhältniß des Sohnes zum Vater entspringende Rechtsansprüche, wie das Notherbenrecht, geltend zu machen, sondern müsse diesem die freie Entschließung zustehen, dieses Recht auszuüben oder aber darauf zu verzichten; jedenfalls berechtige

das Gesetz die Gläubiger zur Vertretung des Geldstagers nur da, wo es sich um die Verfolgung bereits erworbener Rechte desselben handle.

Allein so viel auch diese Ansicht auf den ersten Anblick für sich zu haben scheint, so kann dieselbe bei näherer Prüfung doch nicht als im Sinn und Willen des Gesetzes liegend betrachtet werden. Frägt man sich nämlich — so wurde befunden — worin das geldstagliche Vermögen bestehe, resp. welches das Objekt der Berechtigung der Konkursgläubiger sei, das von der Konkursbehörde behändigt und zur Bezahlung der Ansprachen verwendet werden solle, so bezeichnet der §. 31 der G. O. dasselbe als das gesammte bewegliche und unbewegliche Vermögen des Geldstagers.

Wenn nun auch dem daherigen Rechtsverhältniß der juristische Charakter einer Universalsuccession nicht zukommt und z. B. rein persönliche Rechte des Geldstagers an die Geldstagsmasse nicht übergehen, so ist doch so viel sicher, daß alle Vermögensrechte des Geldstagers in die Masse gehören.

Von dem allgemeinen Gesichtspunkt aus, daß das Pflichttheilsrecht ebenfalls zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Geldstagers gehöre, muß die streitige Frage unzweifelhaft bejaht werden. So gut als die Gläubiger berechtigt sind, eine bereits angefallene Erbschaft des Geldstagers zur nachgeldstaglichen Liquidation zu bringen, ebenso wohl muß ihnen das Recht zustehen, die durch das Gesetz begründeten Notherbenrechte des Geldstagers zu Gunsten der Masse geltend zu machen, wenn solche auf irgend eine Weise vereitelt oder geschmälert werden wollten.

Die entgegengesetzte Ansicht würde zu der den öffentlichen Kredit auf's Tiefste erschütternden Konsequenz führen, daß ein Konkursit es in der Hand hätte, seine verlustigen Gläubiger beliebig vom Erbe seines Vaters auszuschließen, während doch gerade in vielen Fällen mit Rücksicht auf dieses dereinstige Erbe dem Sohne kreditirt worden. Es kann also auch ein allfälliger Verzicht auf das Pflichttheilsrecht von Seite des Geldstagers keine rechtliche Wirkung ausüben, sondern, wenn dieses Recht einmal existent geworden, so sind die Gläubiger befugt, dasselbe in seinem Namen in Anspruch zu nehmen und den daraus sich ergebenden Vermögenswerth nachgeldstaglich zu liquidiren.

Es soll die Bemerkung nicht unterbleiben, daß dieses eben angeführte Urtheil nur mit Mehrheit der Stimmen ausgefällt wurde. Wegen der grundsätzlichen Wichtigkeit des Falles wird hier gleichzeitig das Votum der Minderheit aufgenommen. Dieselbe ging von folgenden Erwägungen aus:

Prüfe man, worin das geldstagliche Vermögen bestehe, so bezeichne der §. 31 des G. O. dasselbe als das „bewegliche und unbeweg-

liche Vermögen des Geldstagers," welches nach dessen Erkennung ohne Verzug aufzuzeichnen sei. Die schließliche Erledigung des Geldstages beruhe auf dem Grundsatze der Liquidation, wonach das gesammte Vermögen, selbst zweifelhafte Forderungen (§. 64), zu Geld oder Geldeswerth gemacht werden sollen, um hiernach unter die Gläubiger vertheilt zu werden. Mit dieser Vertheilung finde der Geldstag auch seinen definitiven Abschluß (§. 99).

Noch handle der VIII. Theil der G. O. von dem sogenannten Nachgeldstage. In welchem Falle aber der Nachgeldstag vom Gerichte zu verfügen sei, besage der §. 134 und 135, nämlich wenn dem Geldstager eine Erbschaft angefallen oder der Geldstager sich wieder im Besitze von Vermögen befinde. Weder sei nun dem Vergeldstagten ein Erbe angefallen, noch erwiesen, daß derselbe sonst wieder zu Vermögen gekommen. Die Ansprüche der Gläubiger bewegen sich demnach nicht auf positiv gesetzlichem Boden, indem sie nicht erweislich vorhandenes Gut des Vergeldstagten im Auge haben, sondern vielmehr in der Geltendmachung der Befugniß bestehen, Namens des Vergeldstagten die Vermögensabtretung seines Vaters an seine Kinder anzugreifen, und die Fertigung des Vertrages zu verhindern.

Mit diesem Beginnen greifen jedoch die Beklagten offenbar in das persönliche Rechtsgebiet des vergeldstagten Schuldners, dem es allerdings grundsätzlich gestattet sein müßte, falls er sich durch die väterliche Abtretung an seinem gesetzlichen Erbrechte als Sohn verletzt fühlte, dawider auf irgend eine Weise, sei es jetzt oder später, aufzutreten.

Aber auch vom theoretischen Standpunkte aus lasse sich das Einschreiten der Beklagten nicht vertheidigen. Weder aus der cessio bonorum noch aus der ältern immissio bonorum, die man als Grundbegriffe des Gläubigerkonkurses angenommen, gehe eine solche Befugniß der Gläubigermasse hervor, deren successio wohl eine in rem, nicht aber eine allgemeine, eine successio universalis (wie bei präsumtiven Erben) genannt werden könne. U. v. 2. September 1868.

401. Nach dem im Jahr 1852 erfolgten Hinscheide des Ehemannes N. N. wurde der Nachlaß desselben nach Mitgabe eines vorliegenden Ehevertrages unter dessen Wittwe und drei Kinder getheilt.

In den diesfälligen Theilungsvertrag wurde die Bestimmung aufgenommen, daß das Vermögen, welches die Wittwe bei ihrem Tode hinterlasse, unter ihre Kinder oder deren Erben vertheilt werden solle und daß von der Hälfte der Zahlungen für die von den Söhnen übernommenen Häuser mit Fr. 1250 die Mutter bis zu ihrem Ableben den Zins zu 4 % zu beziehen habe.

Im Jahr 1867 verstarb die Mutter mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem sie zwei Kindern ihre sämmtliche Fahrhabe, sowie diejenigen Kapitalien verschrieben, die sie der Ersparnißkasse in Aarau übergeben und die ihr Sohn K. als Hausanschlagsbetrag ihr lebenslänglich verzinsen mußte.

Von ihrem dritten Kinde wurde das Testament als ein unberechtigtes angefochten und zwar aus dem Grunde, weil in dem erwähnten Theilungsvertrag die Bestimmung enthalten sei, daß das Vermögen, welches die Wittwe bei ihrem Tode hinterlasse, unter ihre Kinder oder deren Erben vertheilt werden solle.

Allein durch diese Bestimmung hatte sich die Wittwe des Rechtes nicht begeben, eine letzte Willensverordnung zu errichten. §. 790 des a. b. G. erklärt jeden Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft, die gesetzlichen Ausnahmen abgerechnet, als ungültig; der Wittwe war es daher nicht gestattet, vermittelst des fraglichen Vertrages auf ihre Testirungsbefugniß (§. 912) Verzicht zu leisten.

Aber auch durch den Theilungsvertrag selbst wurde die Befugniß der Mutter, innert den Schranken des Gesetzes über ihr Vermögen letztwillig zu disponiren, nicht aufgehoben. Die Mutter schloß keines ihrer Kinder vom Erbe aus und eine vollständige gleichmäßige Vertheilung des Vermögens unter dieselben wurde im Vertrage nicht festgesetzt.

Eine Rechtsvermuthung für die Gleichheit der Antheile aller Kinder könnte höchstens in dem Falle angenommen werden, wenn der Vertrag ganz allein maßgebend wäre und das gesetzliche Recht der Mutter, die Gleichheit der Antheile bis auf den Betrag des Pflichttheils zu beseitigen, außer Acht gelassen würde. U. v. 21. Mai 1869.

§§. 914—936.

402. Die Wittwe S., welche Fr. 1300 in die Ehe gebracht und welcher Fr. 8000 von ihrem verstorbenen Ehemanne infolge testamentarischer Verfügung zugefallen, hinterließ eine letztwillige Verordnung des Inhalts, daß dasjenige Vermögen, das sie von ihrem Ehemanne ererbt hatte, nach ihrem Tode unter waisenamtliche Pflegschaft gestellt und darunter bis zum Tode ihres Sohnes — ihres unehelichen und einzigen Kindes — verbleiben, mit dessen Tode aber seinen Nachkommen zufallen und ihm, dem Sohne, die Nutznießung entzogen sein solle.

Nach dem Hinscheide der Wittwe verlangte nun dieser Sohn, daß die von derselben errichtete letzte Willensverordnung auf den dritten Theil ihrer Verlassenschaft zurückgesetzt und, soweit über mehr als einen Dritt-

theil des Nachlasses verfügt worden, als ungültig erklärt werde, welchem Begehren die Vorschrift des Gesetzes zur Seite steht.

Nach §. 887 des a. b. G. haben uneheliche Kinder die gleichen Rechte auf die Verlassenschaft der Mutter, welche den ehelichen Kindern zustehen und nach §. 914 cit. dürfen unehelichen Kindern zwei Drittheile ihrer Erbberechtigung nicht entzogen werden. Offenbar hat die Mutter des Klägers ihre Verfügungsbefugniß überschritten, da dem Sohne von der gesammten Verlassenschaft, welche Fr. 9360. 33 beträgt, zwei Drittheile, d. h. Fr. 6240. 22 zu gut kommen, ihm aber nur das von seiner Mutter in die Ehe gebrachte Vermögen von Fr. 1321. 62 zufällt.

Die Befugniß der Mutter, über das von ihrem Ehemanne ererbte Vermögen unbedingt zu verfügen, will aber aus einer Bestimmung der letztwilligen Verordnung desselben hergeleitet werden, welche folgenden Inhalts ist: „Im Betreff meines übrigen Vermögens, worüber nicht weiter verfügt ist, bleibt es meiner Ehefrau überlassen, letztwillig zu verfügen und es fällt solches, wenn sie keine Verordnung errichten wird, den gesetzlichen Erben zu."

In dieser Bestimmung glauben nämlich die Beklagten eine fideikommissarische Nacherbeinsetzung oder einen Modus zu erblicken.

Diese Ansicht ist aber unhaltbar. Von einer fideikommissarischen Erbeinsetzung kann keine Rede sein, weil der Verfügende einen Nacherben nicht bezeichnete (§. 947 des a. b. G.); ebenso wenig liegt darin ein Auftrag an die eingesetzte Erbin oder die Vorschrift, das ihr zugedachte Vermögen zu einem bestimmten Zweck zu verwenden; vielmehr ist ihr die selbstverständliche Freiheit eingeräumt, über das Vermögen letztwillig zu verfügen, ihr aber dadurch nicht gestattet worden, die gesetzlich bestimmten Schranken der Testirungsbefugniß außer Acht zu lassen.

U. v. 4. Oktober 1865.

403. Die Kommission des Großen Rathes für Prüfung der obergerichtlichen Jahresberichte nahm in ihr Referat über den Jahresbericht pro 1866 die Stelle auf: „Das Obergericht wird eingeladen, die Bezirksgerichte anzuweisen, Testamente volljähriger Bevormundeter nur vor dem am gewohnten Orte versammelten Gerichte entgegen zu nehmen."

Mit Bezug auf diese Stelle wurde dem titl. Großen Rathe unterm 13. Februar 1868 erwidert: Im Schooße des Obergerichts walte über die Zweckmäßigkeit einer solchen Weisung Meinungsverschiedenheit. Die Mehrheit sei jedoch der Ansicht, es vertrage sich mit den Forderungen einer gerechten und humanen Gesetzgebung nicht, daß die Ausübung der Testirbefugniß in dem Falle einem bevormundeten Volljährigen zur Un-

möglichkeit gemacht werde, wenn er krank sei, während der Gesunde dieses Recht genieße.

Gerade die Rücksicht auf die Krankheit eines solchen Testators rufe einem Mittel, wodurch ihm möglich zu machen wäre, ein Recht auszuüben, von dem der Gesunde Gebrauch machen könne. Es sei daher einem solchen Testator die Möglichkeit nicht zu benehmen, das Gericht in seiner Gesammtheit an das Krankenbett zu berufen. Anderseits halte das Obergericht an seiner schon geäußerten Ansicht fest, daß nach dem Wortlaut und Geist des Gesetzes der bevormundete Volljährige nur vor versammeltem Gericht, also nicht vor einer bloßen Gerichtsabordnung testiren dürfe.

404. Von einer Abordnung des Bezirksgerichts von Aarau wurde die letzte Willensverordnung des Jakob Häfeli von Seon, der im Räfenthal, Gemeinde Gränichen, wohnhaft gewesen, aufgenommen.

Das Bezirksgericht ertheilte in der Sitzung vom 5. August 1865 dieser Verhandlung die Ratifikation, nachdem dasselbe vom titl. Präsidium folgenden Bericht vernommen: „Dasselbe sei während den Ferien ersucht worden, ein Testament des bevormundeten und krank im Bette liegenden Jakob Häfeli aufzunehmen; die Aufnahme dieses Testaments habe durch eine Abordnung des Gerichts stattgefunden und es werde dem Gericht von dieser Amtshandlung zum Zwecke der Ratifikation Kenntniß gegeben."

Das fragliche Testament wurde von den gesetzlichen Erben des Testators innert offener Frist angefochten, indem diese dessen Aufhebung nachsuchten.

Dieses Begehren wurde vom Bezirksgericht als gerechtfertigt erklärt und auch vom Obergericht als begründet angesehen.

Was die Motivirung anbetrifft, so stritten sich die Parteien allvorderst darüber, ob das Bezirksgericht von Aarau zur Aufnahme eines Testaments nur kompetent gewesen. Die Kläger behaupteten nämlich: Häfeli sei unter Pflegschaft gestanden, als Pflegbefohlener aber habe derselbe seinen Wohnsitz in demjenigen seines Pflegers Samuel Holliger in Seengen (§. 38 des a. b. G.).

Allein diese Einwendung muß als nicht begründet beseitigt werden. Abgesehen nämlich von der Frage, ob der unter Pflegschaft gestandene Testator in seiner Eigenschaft als Pflegbefohlener unter die Vorschrift des §. 926 des a. b. G. falle, der nur von volljährigen Bevormundeten spricht (welche Frage später erörtert werden soll), so führt schon die Natur der Sache, der Zweck der Testamentsratifaktion zu der Ansicht, daß es sich hier nicht um den rechtlichen, sondern nur

um den faktischen Wohnsitz handeln könne. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Testamentserrichtung des Bevormundeten so habe erschweren wollen, daß dieselbe nur mit ungebührlichen Kosten, mit ungewöhnlichem Zeitverlurst und bei der Gefahr, daß das angestrebte Ziel gar nicht mehr erreicht werde, zulässig sei.

Eine zweite Betrachtung knüpft sich an die Behauptung, daß wenn §. 926 vorschreibe: „Volljährige Bevormundete dürfen nur vor Gericht eine letzte Willensverordnung errichten (§. 928)" — eine Gerichtskommission oder eine Abordnung des Gerichts zu der Erfüllung dieser Vorschrift nicht genüge.

Bei der singulären Lehre über Testamente muß die strengste Auslegung Anwendung finden, selbst wo es sich nur um Formen handelt, weil diese Formen im Interesse der Rechtssicherheit sowohl der Erben als der Testirenden geschaffen worden. Der Richter muß sich daher an den Wortlaut des §. 928 des a. b. G. halten, wornach der Testirende seinen Willen dem Gericht, also der vollständig versammelten Behörde, zu eröffnen hat. Zwar ist nicht zu verkennen, daß eine Abordnung des Gerichts oder Gerichtskommission den Zweck des Gesetzes ebenfalls erfüllen könnte; allein der Richter darf über dessen Schranken nicht hinausgehen und muß es dem Gesetzgeber überlassen sein, hier authentisch einzuschreiten und damit der Zweckmäßigkeit und dem Bedürfnisse Rechnung zu tragen.

Daß die Eröffnung des Willens dem Gerichte nur an seinem ordentlichen Versammlungsort zu geschehen habe, darf nicht ausgesprochen werden, indem das Gesetz dies nicht vorschreibt.

Der beklagte Theil machte schließlich geltend, daß wenn die letzte Verordnung des Jakob Häfeli nicht als ein mündliches gerichtliches Testament nach §. 928 des a. b. G. aufrecht erhalten werden könnte, dasselbe wenigstens als eine außergerichtliche schriftliche, eventuell als eine außergerichtliche mündliche Willenserklärung im Sinne der §§. 929—936 l. c. anzuerkennen sei.

Hier ist nun am Orte, auf die oben schon angedeutete Frage, ob §. 926 des a. b. G. auch auf den bloß unter Pflegschaft gestellten und nicht bevormundeten J. Häfeli angewendet werden müsse, einzutreten. Diese Frage ist nämlich deßhalb präjudizieller Natur, weil, wenn sie bejaht würde, der Versuch des Beklagten, das Testament als ein außergerichtliches darzustellen, von selbst dahinfiele und nur in dem Falle von Bedeutung wäre, wenn sie verneint würde, Häfeli somit nicht der Nothwendigkeit unterstellt gewesen wäre, ein gerichtliches Testament zu errichten.

Wenn §. 926 des a. b. G. ausdrücklich nur von Bevormundeten spricht, so folgt hieraus, daß nur der Bevormundete, nicht aber auch der unter Pflegschaft sich befindliche des Rechts, in anderer Form zu testiren als in der gerichtlichen, nicht theilhaftig sein soll. Vom Klagetheil wird aber eingewendet, zufolge §. 253 des a. b. G. sei der Pflegling den gleichen Beschränkungen, wie der Bevormundete, unterworfen, woselbst es heiße, daß außer dem in den §§. 251 und 252 angegebenen Unterschiede zwischen Vormund und Pfleger — unter dem Vormund auch der Pfleger verstanden sei. — Allein dieser Passus bezeichnet nur eine Gleichstellung des Vormunds und des Pflegers, keineswegs aber eine solche des Bevormundeten und des Pfleglings; sodann liegt auch in dem weitern Inhalt des §. 253 die Widerlegung der klägerschen Ansicht. Nebstdem ist nicht außer Acht zu lassen, daß Häfeli seiner Zeit nur zum Zwecke der Vermögensverwaltung der Pflegschaft unterstellt worden, woraus aber nicht geschlossen werden darf, daß derselbe zugleich diejenige Willensfreiheit eingebüßt, welche §. 910 als eine der Eigenschaften anführt, die zur Errichtung letzter Willensverordnungen nöthig sind.

Gleichwohl ist auch der vom Beklagten in letzter Linie eingenommene Standpunkt nicht haltbar und kann von einem außergerichtlichen schriftlichen oder mündlichen Testament nicht die Rede sein. Der Erblasser wählte die Form des gerichtlichen mündlichen Testaments und ist daher lediglich zu untersuchen, ob es den Vorschriften und Voraussetzungen eines solchen entspreche. U. v. 5. September 1871.

405. Eine mündliche letzte Willensverordnung wurde in folgender Weise errichtet: Eine dritte Person, die durch die Verordnung ebenfalls bedacht werden sollte, hatte auf einem Zeddel Notizen über Legate, welche die Erblasserin zu bestimmen und über die Personen, zu deren Gunsten sie dieselben auszusetzen gewillt gewesen sein soll.

Nachdem diese dritte Person den Inhalt der Notizen der Erblasserin in Gegenwart der Zeugen eröffnet, richteten diese letzteren an dieselbe die Anfrage, ob sie wirklich die einzelnen Gegenstände, wie sie in der fraglichen Notiz aufgeführt worden, den bezeichneten Personen zukommen lassen wolle, worauf sie, die Erblasserin, mit einem bestimmten ja geantwortet. —

Diese letztwillige Verordnung kann auf Gültigkeit nicht Anspruch machen, die Testatorin hat auf die an sie gestellte Frage allerdings mit ja erwidert, dagegen die einzelnen Gegenstände so wenig als die Personen, welchen solche zugedacht gewesen, selbst mündlich vor den Zeugen bezeichnet.

Das Gesetz kennt nun in Bezug auf die Form letzter Willensverordnungen zwei Hauptarten, gerichtliche und außergerichtliche und gestattet bei einer jeden derselben wiederum die Schriftlichkeit oder Mündlichkeit. Schon grundsätzlich kann daher eine schriftliche Anordnung nicht theilweise eine mündliche und eine mündliche nicht theilweise eine schriftliche sein. Der §. 933 sagt: „Wer eine mündliche letzte Willensverordnung errichten will, hat seinen Willen in Gegenwart vor drei Zeugen zu erklären." Aus dem Begriff einer mündlichen Verordnung fließt aber das Erforderniß, daß der Verordnende die Erbseinsetzung oder die Vermächtnisse mündlich bezeichne.

Im Falle ist nun ein gemischtes Verfahren innegehalten worden, das jedoch mit den Formen einer mündlichen Verordnung nicht vereinbart werden kann. Der sogenannten Notiz kann an und für sich kein Gewicht beigelegt werden, dieselbe hätte allerdings der Erblasserin selbst zur Erleichterung des Gedächtnisses und zur Richtschnur ihrer mündlichen Erklärung dienen mögen, aber es widerstreitet dem Begriffe einer freien letzten Willensverordnung, wenn das Verzeichniß der Legate, das von einer den Zeugen unbekannten Hand verfaßt worden, dem Testirenden von denselben oder einem Dritten erst vorgelesen und die Einwilligung dann mit einem bloßen ja eingeholt wird. U. v. 5. April 1859.

Dritter Abschnitt.

Von der Aufhebung, Abänderung, Eröffnung und Bestreitung letzter Willensverordnungen.

§§. 948—951.

406. Der Vormund einer volljährigen Weibsperson, welche mit ihrer Schwester ein Testament errichtet hatte, trat nach dem Hinscheide dieser Schwester mit einer Klage auf, in der er Namens seiner Pflegbefohlenen die gerichtliche Aufhebung des Testamentes anbegehrte.

Gegen den Vormund, welcher der Klage eine waisenamtliche Vollmacht beigelegt, wurde die fristliche Einrede der mangelnden Vollmacht vorgeschützt und zwar mit der Betrachtung: §. 911 des a. b. G. räume dem Bevormundeten die Befugniß ein, ohne Vertretung des Vormundes letztwillig verordnen zu dürfen; dies bringe die nothwendige Folge mit sich, daß der Vormund ohne Vollmacht der Pflegbefohlenen die letztwillige Verordnung nicht angreifen könne.

Die Folgerung, welche aus der Befugniß eines Bevormundeten, ohne Mitwirkung seines Vertreters eine letzte Willensverordnung zu er-

richten, abgeleitet wurde, hat jedoch keine Berechtigung. §. 331 des a. b. G. enthält die allgemeine und ausnahmsweise Vorschrift, daß ein Schutzbefohlener in einem bürgerlichen Rechtsstreit sich weder als Kläger noch als Beklagter vor Gericht stellen darf, sondern daß ihn der Vormund entweder selbst vertreten oder aber vertreten lassen muß.

Diese Vorschrift gilt daher auch in dem Falle, wenn auf Aufhebung einer von einem Bevormundeten errichteten letztwilligen Verordnung geklagt werden soll.

407. Ein bei titl. Gerichtspräsidium deponirtes Testament wurde vom Testator zur Zernichtung zurückverlangt, vom Bezirksgericht aber dessen Herausgabe verweigert, indem dasselbe von der Ansicht ausging, daß das Gesetz es nicht berechtige, seinem Gesuche zu entsprechen.

In Erledigung einer vom Testator eingemittelten Beschwerde wurde aber vom Obergericht beschlossen: dem fraglichen Gesuche sei in der Weise Folge zu geben, daß dem Testator gestattet werde, bei persönlicher Erscheinung vor Gericht seine letzte Willensverordnung aufzuheben und daß nach erklärter Aufhebung der Verordnung ihm dieselbe herausgegeben werden solle. Dieser Beschluß rechtfertigt sich an der Hand des §. 950 des a. b. G., welcher die Vorschrift enthält, daß die Aufhebung oder Abänderung einer letzten Willensverordnung im Zustande der Willensfreiheit und unter Beobachtung derjenigen Bestimmungen stattfinden müsse, welche für die Errichtung einer solchen Verordnung vorgeschrieben sind. Wenn der Testator vor Gericht tritt, durch eine förmliche Erklärung die Willensverordnung aufhebt und deren Herausgabe zur Zernichtung anbegehrt, so darf mit Grund behauptet werden, daß ein solcher Akt genau denjenigen Vorschriften entspreche, nach welchen die Errichtung einer letzten Willensverordnung stattfinden kann (§. 928 des a. b. G.) und das Gericht befugt sei, dem Verlangen des Testators um Herausgabe der Verordnung nachzukommen.

Es verstößt sich diese Auffassung des Gesetzes mindestens nicht gegen dessen Wortlaut, sofern nur das Gericht die erforderliche Sorgfalt beobachtet und namentlich die persönliche Erscheinung des Testators verlangt. Diese Auffassung rechtfertigt sich aber auch durch überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit. —

Freilich waltete hinsichtlich der Frage, ob die Herausgabe des Testaments als zulässig erscheine, beim Obergericht früher eine andere Ansicht (siehe den Jahresbericht für 1864). Allein eine Reihe bisheriger Beobachtungen hat dargethan, daß die der Herausgabe entgegenstehenden Bedenken nicht das Gewicht verdienen, welches ihnen seiner Zeit beigelegt worden. U. v. 16. März 1870.

408. Einen in ähnlichem Sinne lautenden Entscheid fällte das Obergericht unterm 1. Juni 1871 anläßlich einer Beschwerde, daß das Bezirksgericht die Herausgabe des Testaments nur dann bewillige, wenn vorerst eine neue Verordnung deponirt werde.

Hinsichtlich dieser Beschwerde wurde erkannt: Das Bezirksgericht sei nicht befugt, seine Mitwirkung zu der vom Beschwerdeführer projektirten Aufhebung der Willensverordnung an die Bedingung zu knüpfen, daß derselbe vorerst ein neues Testament einreiche; im freien Willen des Erblassers müsse es liegen, die Aufhebung der frühern Verordnung mit oder ohne Errichtung einer neuen zu bewerkstelligen, sofern dieses nur in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form geschehe.

409. §. 951 des a. b. G., welcher bestimmt, daß eine letzte Willensverordnung ihre Gültigkeit verliere, wenn der Erblasser bei Errichtung derselben keine Nachkommen hatte, aber bei seinem Tode solche hinterläßt, ist auf den Ehevertrag nicht anwendbar. Vgl. Nr. 414.

410. Am 10. November 1853 hatte Abraham Kunz von Brittnau ein Testament errichtet. Diese Verordnung wurde nach stattgefundener gerichtlicher Publikation als eine ungültige angefochten, indem unter anderm angebracht wurde, daß schon im Oktober 1853 gegen A. Kunz ein Antrag auf Bevormundung gestellt, daß dessen Geisteszustand in Folge dessen gerichtsärztlich untersucht und Kunz von den Aerzten als blödsinnig erklärt worden sei.

In der Antwort, welche das Testament in Schutz nahm, wurde entgegnet, daß das Gutachten vom Oktober 1853 lediglich dahin gehe, daß Kunz wegen Altersschwäche zur Besorgung seiner ökonomischen Angelegenheiten nicht mehr fähig sei, ferner wurde eingewendet, daß Kunz nach Inhalt der notarialisch gefertigten, also öffentlichen Testamentsurkunde zur Zeit der Errichtung der Verordnung sich bei guten Sinnen befunden habe.

Das fragliche Testament wurde richterlich als ungültig erklärt und entkräftet. In dem diesfälligen Befunde heißt es: Vorerst ist die Frage zu entscheiden, ob gegen die in der notarialischen Urkunde enthaltene letztwillige Verordnung noch ein Beweis zulässig sei, d. h. ob dem ärztlichen Gutachten, insoweit dasselbe mit dieser Verordnung im Widerspruch steht, irgend eine Beweiskraft zukomme oder nicht. Diese Frage wird durch §. 132 der P.-O. gelöst, laut welchem einer von öffentlichen Behörden oder einem patentirten Notar verfaßten Urkunde das Merkmal der Oeffentlichkeit nur insoweit zukommt, als die Bescheinigung des Inhalts in den Amts- resp. Berufskreis des Verfertigers des Aktes

falle. Wendet man diesen Satz auf den vorliegenden Fall an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Inhalt der notarialischen Urkunde vom 10. November 1853 über den geistigen Gesundheitszustand des A. Kunz die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde nicht zukommen könne, weil dem Notar die Eigenschaft eines Sachverständigen und deßhalb ein Urtheil über den daherigen Zustand abgeht.

Muß es aber unter diesen Umständen dem Kläger zustehen, die Vermuthung der Testirfähigkeit durch gesetzlichen Beweis zu entkräften, so ist als ein solcher Beweis in formeller und materieller Beziehung das ärztliche Gutachten vom 28. Oktober 1853 anzusehen. Aus der Erklärung der Aerzte ergiebt sich mit Sicherheit, daß A. Kunz schon vor der Zeit der Testamentserrichtung sich nicht in demjenigen Zustand befunden, von welchem das Gesetz die Testirfähigkeit abhängig macht. Das Gutachten bezeichnet nämlich den A. Kunz als altersschwach, schwachsinnig und überhaupt so beschaffen, daß er mit Leichtigkeit hintergangen und irre geführt werden könne und ist er in diesem Sinne als blödsinnig erklärt worden. Man kann daher nicht sagen, daß A. Kunz bei Errichtung des Testaments „gute wissenhafte Sinne und rechte vollkommene Vernunft" gehabt habe. (Satz 3, Fol. 126 der b. G.)

U. v. 19. Sept. 1855.

411. Um die Aufhebung eines Testamentes zu erzielen, wurde die Behauptung aufgestellt, daß sich der Testator im Zeitpunkte der Testamentserrichtung (im Jahr 1864) nicht im Zustande der Willensfreiheit befunden habe.

Zur Unterstützung dieser Behauptung wurde auf das gerichtsärztliche Befinden abgestellt, welches kurz vor dem Tode des Erblassers im Jahr 1869 zum Zwecke der Bevormundung desselben über dessen Geisteszustand erstattet worden. Auf Grund dieses Gutachtens verlangte nämlich der das Testament angreifende Theil (der Kläger) eine Expertise darüber, daß der psychische Zustand des Erblassers, wie er sich bei der gerichtsärztlichen Untersuchung gezeigt, eine schon längere, die Freiheit des Willens ausschließende geistige Schwäche voraussetze und daß er bei normaler Entwicklung schon zur Zeit der Testamentserrichtung bestanden haben müsse. Ein solcher Beweis ist aber unzulässig. Das gerichtsärztliche Gutachten vom Jahr 1869 kann nicht als Grundlage für die Beurtheilung des Geisteszustandes, in dem sich der Testator im Jahr 1864 befunden, angesehen werden und zwar schon deßhalb, weil zwischen dem Tage der Testamentserrichtung und demjenigen der Aufnahme des ärztlichen Befindens ein Zeitraum von einigen Jahren liegt, so daß es als gewagt, wenn nicht geradezu als unmöglich erscheint, von

dem geistigen Zustande des Erblassers vom Jahr 1869 auf denjenigen von 1864 zurückzuschließen.

Wenn man aber auch anerkennen wollte, daß die behauptete Geistesschwäche das Resultat einer längern Entwicklung gewesen — wiewohl man auch hierüber nichts Zuverlässiges weiß — so könnte doch jedenfalls von Sachverständigen nicht angegeben werden, in welchem Zeitpunkt diese Schwäche sich so gesteigert, daß sie die Willensfreiheit ausschloß und speziell, ob diese Willensfreiheit zur Zeit der Testamentserrichtung ausgeschlossen gewesen. U. v. 13. Sept. 1870.

412. Die Anfechtung des Erbauskaufsvertrages ist nicht an die Dauer geknüpft, welche in §. 956 für den Angriff einer letzten Willensverordnung festgesetzt ist. Vgl. Nr. 415.

Anmerkung: Ueber diesen Abschnitt siehe auch: „Berichtigungen und Ergänzungen — am Ende des Buches."

Viertes Hauptstück.

Von den Erbverträgen.

---

§§. 957—970.

413. Eheleute, welche zur Zeit ihrer Verheirathung, im Jahr 1816, einen Ehevertrag abschlossen, wodurch sie bestimmten, wie es mit ihrem dereinstigen Nachlaß gehalten sein, d. h. wem er zufallen und wie er getheilt werden solle, errichteten im Jahr 1865 ein gegenseitiges Testament, in welchem sie unter anderm und vor allem aus verfügten, daß der fragliche Ehevertrag als ungültig erklärt und aufgehoben sein solle.

Einzelne ihrer Kinder, welche sich durch die letztwillige Verordnung hinsichtlich ihrer erbrechtlichen Ansprüche benachtheiligt glaubten, verlangten die Entkräftung der letztern, indem sie nebst anderm als Grund der Ungültigkeit des Testaments anführten, daß es zur Abänderung oder Aufhebung des Ehevertrages die gleichen Erfordernisse erheische, welche für Errichtung eines solchen vorgeschrieben sind, daß somit die Aufhebung nur in der Form des Vertrages und nicht auch des Testamentes verfügt werden könne.

Aus diesem Grunde konnte aber das Testament nicht entkräftet werden. Die Natur eines Ehevertrages bringt es zwar nothwendig mit sich, daß beide Kontrahenten dadurch gebunden werden und kein Ehegatte ohne Einwilligung des andern vom Vertrage zurücktreten, folglich auch nicht einseitig über das durch den Ehevertrag beschlagene Vermögen testamentarisch disponiren darf.

Anders dagegen muß die Entscheidung ausfallen, wenn beide Kontrahenten in einer gemeinschaftlichen letzten Willensverordnung ihre Absicht aussprechen, den früher geschlossenen Ehevertrag abzuändern und in gegenseitigem Einverständniß über ihre Verlassenschaft wirklich andere Dispositionen treffen. In diesem Falle liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß der Ehevertrag in seinen Wirkungen noch fortdaure und ein solches Testament ungültig mache; denn diejenigen, welche durch den Vertrag einzig verpflichtet und gebunden waren, haben sich in der letztwilligen Verordnung die Freiheit zurückgegeben, anders zu verfügen und unter gegenseitiger Uebereinstimmung in der That anders verfügt.

U. v. 18. Dez. 1867.

414. Gegen einen Ehevertrag, aus welchem erbrechtliche Ansprüche abgeleitet werden wollten, wurde eingewendet, daß derselbe durch die später erfolgte Geburt einer Tochter der Kontrahenten seine Gültigkeit verloren habe, indem §. 951 des a. b. G. nicht nur für letzte Willensverordnungen, sondern auch analog für Eheverträge normgebend sei.

§. 951 des a. b. G. schreibt nun vor, daß eine letzte Willensverordnung ungültig werde, wenn der Erblasser bei Errichtung derselben weder einen Ehegatten noch Nachkommen gehabt, aber bei seinem Tode entweder einen Ehegatten oder Nachkommen hinterläßt.

Daß aber diese Gesetzesstelle auf den Ehevertrag nicht Anwendung finde, ergiebt sich schon aus der rechtlichen Natur und Wesenheit des letztern, der das Vorhandensein von Ehegatten oder Brautleuten voraussetzt und oft, so wie dies auch im Falle geschehen, bezüglich des Erbrechts nachkommender Kinder verfügt.

Wohl kann unter Umständen von einer Modifikation des Vertrages die Rede sein, insofern nämlich durch denselben Pflichttheilsrechte verletzt werden. U. v. 14. Febr. 1871.

415. Dem Begehren um Aufhebung eines Erbauskaufsvertrages gegenüber wurde vom Beklagten behauptet, daß die Klage schon aus dem Grunde verworfen werden müsse, weil die Anfechtung des Auskaufsvertrages nicht innert Jahresfrist seit dessen Eröffnung geschehen sei, indem auf §. 956 des a. b. G. hingewiesen wurde.

Diese Behauptung ist aber rechtlich bedeutungslos. Die in §. 956 ausdrücklich für Bestreitung der Gültigkeit letzter Willensverordnungen gegebene Frist kann nicht willkürlich auch auf Erbverträge bezogen werden, abgesehen davon, daß eine förmliche Eröffnung, wie sie §. 956 des a. b. G. voraussetzt, im Falle gar nicht stattfand.

U. v. 2. Juli 1861.

416. Zur Gültigkeit eines Verpfründungs-Vertrages verlangt §. 967, daß derselbe öffentlich bekannt gemacht und damit ein Schuldenruf über den Pfrundnehmer verbunden und für die angemeldeten Forderungen Sicherheit geleistet werde. Vgl. Nr. 178.

417. Nach stattgefundener Errichtung eines Verpfründungsvertrages hatte der Pfründnehmer die vermittelst dieses Vertrags dem Pfründgeber verschriebenen Liegenschaften durch testamentarische Verordnung einem Dritten zugedacht.

Daß jedoch das diesfällige Testament richterlich nicht geschätzt werden konnte, erhellt schon aus der Natur des fraglichen Verpfründungsvertrages. Durch diesen Vertrag wurden nämlich einem jeden der Kontrahenten gewisse Verpflichtungen auferlegt, von denen weder die eine noch die andere Partei abzugehen befugt war.

Laut dem Inhalt des Vertrages besteht die wesentliche Verpflichtung des Pfründnehmers darin, sein Vermögen bei seinem Hinscheide dem Pfrundgeber, resp. dessen Erben zu hinterlassen. Hat nun der Pfrundnehmer entgegen dieser Verpflichtung, worin die vertragsmäßige Verzichtleistung auf das Recht der Errichtung einer letztwilligen Verordnung zu Gunsten eines Dritten gegenüber dem Pfrundgeber ausgesprochen ist, dennoch eine letztwillige Vermögensdisposition getroffen, so hat derselbe einen Akt vorgenommen, zu dem er offenbar nicht berechtigt war und der deßhalb auch als ungültig aufgehoben werden mußte.

U. v. 25. April 1860.

418. Wie §. 970 des a. b. G. vorschreibt, sind andere Verträge über noch nicht angefallene Erbschaften als die in den §§. 958, 963 und 966 genannten ungültig. Vergl. Nr. 401.

Fünftes Hauptstück.

Von der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft.

§§. 971—974.

419. Der Vater unmündiger Kinder ging am 8. September 1858 mit Tod ab und am 23. Oktober darauf wurde diesen letztern ein Pfleger bestellt, welcher nach waisenamtlicher Weisung noch am gleichen Tage vor Bezirksgericht die Erklärung abgab, daß er Namens seiner Pflegbefohlenen die Erbschaft ihres Vaters ausschlage.

Das Bezirksgericht faßte unter Bezugnahme auf §. 972 des a. b. G., wornach derjenige, dem eine Erbschaft anfällt, das Recht hat, innert 30 Tagen dieselben auszuschlagen, den Beschluß: Die fragliche Erbschaftsausschlagung sei verspätet und werde ihr deßhalb keine Folge gegeben.

Dieser Entscheid erscheint nun aber als unhaltbar. Gleichwie die mehrbenannte Frist von 30 Tagen im Falle des §. 973 erst vom Tage der Eröffnung der letzten Willensverordnung an, wodurch die eingesetzten Erben von ihrer Berufung sichere Kunde erhalten, anfängt, ebenso beginnt die fragliche Frist für den abwesenden Erben, dessen Wohnort bekannt ist (§. 974), erst von dem Zeitpunkt an, in welchem ihm der Tod des Erblassers zur Kenntniß gekommen, indem sonst diesem Erben die Frist ganz oder theilweise benommen würde, während das Gesetz jedem Erben die volle Frist von 30 Tagen einräumt.

Im Fernern sorgt das Gesetz dafür, daß die Rechte abwesender Erben, deren Wohnort nicht bekannt ist, durch einen zu ernennenden Pfleger gewahrt werden. Diese Wahrung der Rechte muß nothwendig auch mit Bezug auf Unmündige stattfinden; auch ihnen muß die in §. 972 für Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft gegebene Frist von 30 Tagen in Wahrheit zu statten kommen.

Dies ist aber nicht der Fall, wenn auch jene Frist, welche der Ernennung eines Vertreters vorangeht, berechnet wird. Die Möglichkeit einer rechtsverbindlichen Erklärung bezüglich der Erbschaft ist für die Unmündigen erst mit der Aufstellung eines Vertreters vorhanden und es läßt sich, sofern die Waisenbehörde den Pfleger zur Ausschlagung der Erbschaft ermächtigt und letzterer gegen diesen abweisenden Entscheid Beschwerde führt, der Fall denken, daß schon hierüber eine Frist von 30 Tagen von der Ernennung des Pflegers an verfließt, in welchem

Falle die Frist zur Erbschaftsausschlagung unzweifelhaft nicht einmal vom Tage der Aufstellung des Pflegers an laufen kann.

Wurde nun in concreto vom Pfleger die angefallene Erbschaft schon am Tage seiner Ernennung ausgeschlagen, so sprach derselbe offenbar noch in offener Frist seinen Verzicht aus. U. v. 30. Dezember 1858.

420. Am 26. September 1870 wurde ein Testament des S. Z. eröffnet und in Kraft erkennt, welches den Bruder des Testators zum Haupterben einsetzte. Bald hernach verlangten andere Verwandte des Testators, mit dem Vorgeben, daß sie das Testament anzufechten gedenken und ein Interesse haben, den Vermögensstand des Erblassers kennen zu lernen, die Bewilligung des amtlichen Güterverzeichnisses über die Verlassenschaft. Das Bezirksgericht entsprach diesem Ansuchen, das Obergericht erklärte es aber als unbegründet. —

Gemäß §. 972 des B. G. steht die Wohlthat des amtlichen Güterverzeichnisses Jedem zu, dem eine Erbschaft „anfällt". Wenn also die fraglichen Verwandten jene Wohlthat hinsichtlich des Nachlasses des Testators für sich in Anspruch nehmen wollen, so knüpft sich die Legitimation zu diesem Begehren an die unerläßliche Bedingung, daß sie zur Erbschaft berufen seien; diese Voraussetzung trifft zur Zeit nicht ein.

Es stünde ihnen zwar unbestrittenermaßen nach der gesetzlichen Erbfolge ein Miterbrecht auf die Verlassenschaft zu, allein durch ein gerichtlich in Kraft erkenntes Testament ist der Rekurrent zum Haupterben eingesetzt worden. Da nun die gesetzliche Erbfolge nur in so weit eintritt, als nicht eine rechtsgültige Willensverordnung des Erblassers anders verfügt (§. 873), so kann von einem Anfall der fraglichen Erbschaft an jene Verwandten bis und so lange nicht die Rede sein, als die testamentarische Erbfolge nicht entweder durch gerichtliches Urtheil oder durch Verzicht des Berechtigten dahinfällt und steht daher denselben die Berechtigung nicht zu, das Benefizium Inventarium zu verlangen.

421. Die Gattin eines den 23. Dezember 1870 kinderlos verstorbenen Ehemannes, welcher nach §. 901 diese sowie seine Geschwister, mehrere Brüder, als Erben hinterließ, bat in offener Frist — am 6. Jenner 1871 — um Bewilligung des amtlichen Güterverzeichnisses. Dieses letztere wurde der Wittwe offiziell zugestellt und von ihr dann bald darauf die Erbschaft des Mannes ausgeschlagen.

Lange nach Ablauf von 30 Tagen seit dem Hinscheide des Ehemannes — am 20. April 1871 — hatten dessen übrige Erben, seine Brüder, beim Bezirksgericht angebracht: Das von der Wittwe verlangte amtliche Güterverzeichniß sei ihnen nicht mitgetheilt worden und

dürfe daher nicht gesagt werden, daß die Erbschaft als von ihnen angetreten zu betrachten sei; haben sie auch die Bewilligung des Güterverzeichnisses nicht nachgesucht, so sei gleichwohl erforderlich, daß dasselbe auch ihnen offiziell zugestellt werde und nach erfolgter Zustellung zu gewärtigen, ob von ihnen der Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft erklärt werde.

Vom Bezirksgericht wurde über dieses Anbringen dahin entschieden: Es müsse angenommen werden, daß die Brüder des Verstorbenen dessen Erbschaft angetreten haben, weil sie innert der Frist von 30 Tagen von dem Todestage an das amtliche Güterverzeichniß nicht anbegehrt, überhaupt gar keine Erklärung abgegeben und weil das von der Wittwe verlangte Güterverzeichniß nur in Bezug auf ihre Person rechtliche Bedeutung habe. —

Der Entscheid hängt allerdings von der Beantwortung der Frage ab, ob, wenn nur ein Erbe das Benef. Inventarii verlange, dann die Wohlthat des amtlichen Güterverzeichnisses auch den übrigen Erben, welche während der gesetzlichen Frist keine Erklärung abgegeben haben, zu gut komme.

Eine unbefangene Prüfung der zutreffenden Gesetzesstellen führt nun ganz unzweifelhaft zu dem Ergebniß, daß diese Frage verneint werden müsse. Der §. 972 berechtigt jeden Erben während der Frist von 30 Tagen die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, oder die Wohlthat des amtlichen Güterverzeichnisses in Anspruch zu nehmen; der §. 978 knüpft an die Nichtabgabe einer Erklärung, resp. an die Nichtinanspruchnahme des amtlichen Güterverzeichnisses die rechtliche Folge, daß die Erbschaft als angenommen betrachtet werde.

Wenn nun in §. 972 noch ausdrücklich gesagt ist, daß dem Begehren um die Wohlthat des amtlichen Güterverzeichnisses auch dann entsprochen werden müsse, falls nur einer unter mehreren Erben dieses Begehren stelle, so geht daraus hervor, daß das Gesetz einerseits jedem Erben die volle Freiheit habe gewahrt wissen wollen, die Erbschaft anzunehmen, auszuschlagen oder das amtliche Güterverzeichniß zu verlangen, daß aber anderseits auch jeder Erbe für sich die Verantwortlichkeit seiner Handlung oder Unterlassung zu tragen habe.

Wäre es im Willen des Gesetzes gelegen, daß die Vorkehr irgend eines Erben eo ipso auch allen Andern zu Nutzen komme, so hätte es dieses sagen müssen. Allein das wird vom Gesetz nicht ausgesprochen und dem Richter steht es nicht zu, von Verpflichtungen, die das Gesetz selbst den Erben auferlegt, zu dispensiren.

Im Fragefall haben die Brüder des Erblassers die ihnen vom Gesetz eingeräumte, von dessen Todestage an laufende Frist unbenutzt

verstreichen lassen, es tritt daher für sie ohne Weiteres die Rechtsfolge des §. 978 des a. b. G. ein und die Gläubiger des Erblassers haben ein Recht darauf erworben, daß die Erbschaft als von den Rekurrenten angenommen betrachtet werde. U. v. 5. September 1871.

422. Infolge des bewilligten amtlichen Güterverzeichnisses über die Verlassenschaft eines Verstorbenen hatte einer der Erben für verschiedene dem Erblasser gemachte Leistungen eine Forderung von circa Fr. 400 angemeldet.

Gegenüber dieser Anmeldung stellten die übrigen Erben vermittelst der Civilklage das Begehren: Der Beklagte sei zu verhalten, die Eingabe im Schuldenverzeichniß sofort zurückzuziehen, oder aber seine Beweisurkunden zur Einsicht und Prüfung der Kläger vorzulegen.

Der Beklagte bestritt der Klägerin die Befugniß, solche Alternativen zu stellen und zwar mit Recht. Wird ein Benefizium Inventarii bewilligt, so werden die Gläubiger einfach aufgefordert, ihre Ansprachen einzureichen. Nirgends aber ist vorgeschrieben, daß sie auch die Forderungsinstrumente selbst oder beglaubigte Abschriften davon den Ansprachen beizulegen haben.

Schon hieraus folgt, daß die Thatsache der Anmeldung einer Ansprache in einem Benefizium Inventarii für den Gläubiger nicht die Pflicht mit sich bringt, jedem Interessenten die Urkunden, welche allfällig die Forderung im Falle der Bestreitung derselben beweisen sollen, zur Prüfung vorzulegen. Die rechtliche Stellung des Gläubigers zum Schuldner bringt es vielmehr mit sich, daß jener erst dann zur Vorlage der Beweisurkunden verpflichtet sein kann, wenn von dieser die Schuldpflicht wirklich bestritten wird.

Im vorliegenden Falle wird nun aber die Forderung nicht bestritten, sondern nur Zurückziehung der Ansprache oder Vorlage der Beweisurkunden anbegehrt, woraus geschlossen werden muß, daß die Kläger erst nach dieser Vorlage sich über Anerkennung oder Bestreitung der Forderung aussprechen werden. Es sollte also der Beklagte den Klägern ein Mittel liefern, die Forderung bestreiten zu können, wozu er nicht verbunden ist.

Zu dieser Betrachtung kommt noch, daß der Beklagte, obwohl er die Editionspflicht bestritten, dem daherigen Begehren gleichwohl entsprochen und die Urkunde, worauf er seine Anforderung gründet, nämlich sein Hausbuch, zu den Akten gebracht hat.

Hiemit ist die zweite Alternative des Klagschlusses vollständig erfüllt und fällt auch infolge dessen die erste nothwendig hinweg.

U. v. 12. August 1861.

§§. 975—982.

423. Auf die Anzeige des Gemeinderaths, daß die Erben der unlängst verstorbenen Wittwe Th. K. nicht bekannt seien, erließ das Bezirksgericht eine Publikation, wodurch es diejenigen, die Erbrechte gegenüber dem fraglichen Nachlaß geltend zu machen gedenken, aufforderte, ihre Ansprüche im Begleite der nöthigen Ausweise über ihre Erbberechtigung innert bestimmter Frist anzumelden, mit dem Beifügen, daß nach Ablauf dieser Frist die als nächste Erben Angemeldeten sofort in den Besitz der Erbschaft eingewiesen würden, den allfälligen Näherrechten Dritter immerhin unbeschadet, welche gegen die Erbbesitzer auf dem gesetzlichen Wege geltend zu machen wären.

In Folge dessen meldeten sich zwei Fraktionen als Erben an, die unter sich den Vergleich eingingen, daß die eine Hälfte der Verlassenschaft der einen und die zweite Hälfte der andern Fraktion zukommen soll.

Das Bezirksgericht beachtete jedoch diese Konvention nicht, vielmehr wies es beide Fraktionen mit ihren Erbansprüchen ab, erklärte die Verlassenschaft als eine erblose und erkannte den Nachlaß zur einen Hälfte dem Staate, zur andern der Heimathgemeinde der Erblasserin zu.

Mit Grund ergriffen aber die Erbansprecher gegen diesen Gerichtsbeschluß den Rekurs mit dem Verlangen, daß sie unter Vorbehalt allfälliger Näherrechte Dritter in den Besitz der Erbschaft eingewiesen werden. Nachdem das Bezirksgericht einmal publizirt hatte, daß es die Hinterlassenschaft den Angemeldeten als nächsten Erben aushändigen werde und allfällige Dritte mit ihren angeblichen Näherrechten auf den Civilrechtsweg verwiesen worden, hätte es in Befolgung dieses Ausspruchs die beiden Fraktionen, welche sich einzig als Erben angemeldet, in den Besitz der Erbschaft einweisen sollen, ohne zu prüfen und zu untersuchen, ob ihnen materiell wirklich Erbrechte zustehen oder nicht; handelt es sich doch nach dem Erbschaftsruf selbst nur um vorläufige Regulirung der Besitzesfrage und sind Näherrechte Dritter ausdrücklich vorbehalten worden. U. v. 15. Dez. 1870.*

* Aus diesem Entscheide darf aber nicht gefolgert werden, daß in derartigen Rechtssachen jede Prüfung des Richters ausgeschlossen sei, wie aus nachstehendem Falle zu entnehmen ist.

Infolge eines erlassenen Erbschaftsrufes erkannte das Bezirksgericht von Rheinfelden: Es sei das dem in Amerika verstorbenen Mechaniker Karl Reinle von Stein aus dem Nachlasse seiner sel. Mutter, Wittwe Barbara Reinle, geb. Wegmann, von Stein zukommende Erbsbetreffniß, dessen angemeldeten Erben — immerhin unter Vorbehalt besserer Rechte Dritter — in folgender Weise als Eigenthum zu überantworten:

1. Der Tochter erster Ehe, Emma Reinle von Stein, ein Viertheil.

2. Dem Sohne erster Ehe, Emil Reinle von Stein, zur Zeit in St. Louis, Staat Missouri, Nordamerika, ein Viertheil.

3. An der Stelle der am 2. Oktober 1868 verstorbenen Tochter zweiter Ehe, Louise Reinle, deren Mutter, Frau Klara Mang, geb. Döbeli, verehelicht gewesene Reinle, ein Viertheil.

4. Dem Sohne zweiter Ehe, Julius Reinle in St. Louis, Staat Missouri, Nordamerika, ebenfalls ein Viertheil.

Emma Reinle verlangte die Aufhebung dieses Entscheides, insofern er eine Theilung des erwähnten Vermögens verordnet, über welches Verlangen sich Folgendes ergab: Rekurrentin suche ihr Begehren namentlich damit zu rechtfertigen, daß das tit. Bezirksgericht nicht befugt gewesen, die angemeldeten Erben nach ihren Theilen in die Erbschaft einzuweisen, sondern daß diese einfach im Ganzen den Bewerbern hätte zugesprochen werden sollen. Allein einer solchen Ansicht könne man nicht beipflichten, welche dahin führen würde, daß bei einem Erbschaftsruf alle Angemeldeten, ohne Berücksichtigung ihrer Ausweise, in die Erbschaft eingewiesen werden müßten, was nothwendig zur Folge hätte, daß die wirklich nächsten Erben in der Regel nur auf dem eigentlichen Prozeßwege in den Besitz der Erbschaft gelangen könnten. — Eine sachgemäße Auffassung sei die, daß, falls keine Verständigung unter den Ansprechern stattgefunden, das Gericht ihre Ausweise prüfe und denjenigen den Erbschaftsbesitz (bonorum possessio) ertheile, welche sich als die nächsten Erben vorläufig ausgewiesen, es den übrigen Ansprechern und auch Dritten überlassend, ihre angeblichen Näherrechte auf dem eigentlichen Civilprozeßwege geltend zu machen. Nach diesem Grundsatze sei das Untergericht im Falle verfahren und könne sonach dessen Entscheid mit Grund nicht angefochten werden.

U. v. 26. Juli 1871.

424. Eine Ehemann verstarb mit Hinterlassung einer Wittwe und vier Kindern. Dieselben schlugen die ihnen angetragene Erbschaft aus, weßhalb nach §. 980 des a. b. G. und §. 3 der G.=O. über den Nachlaß des Verstorbenen der Geldstag erkannt wurde.

Die Familienglieder desselben verlangten nun die in §. 35 der G.=O. aufgeführten Vermögensstücke für sich und forderten deren gesönderte Aufzeichnung. Das Bezirksgericht wies sie mit diesem Begehren ab, hauptsächlich aus dem Grunde, weil es annahm: der Fall des Geldstages in Folge Erbschaftsausschlagung sei in Bezug auf die Bestimmung des §. 35 anders aufzufassen, als wenn der Geldstag nach ausgeführter Betreibung, oder nach der freiwilligen Anrufung, oder nach dem Austreten des Geldstagers erfolge; bei der Ausschlagung einer Erbschaft verzichten die Erben auf jeden Anspruch an der Hinterlassenschaft und können folglich nicht die Vergünstigung des §. 35 in Anspruch nehmen.

Dieser Ansicht konnte aber das Obergericht nicht beitreten. Vorerst, so fand man, sei damit eine Unterscheidung in das Gesetz hineingetragen, welche dasselbe nicht kenne. Der §. 35 spreche sich allgemein dahin aus, daß gewisse speziell bezeichnete Gegenstände von der Aufzeichnung zu Gunsten der Geldstagsmasse ausgenommen seien und unterscheide gar nicht, aus welchem der in §. 3 der G.-O. aufgeführten Gründe ein Geldstag erkannt worden sei. Es sei aber auch kein innerer Grund vorhanden, den §. 35 in dieser eingeschränkten Weise aufzufassen. Wenn der Gesetzgeber in humaner Auffassung der Lage, in der sich die Familie eines Geldstagers befinde, sich veranlaßt gesehen, derselben dieses Privilegium zu ertheilen, so habe ihm offenbar in allen Fällen der gleiche Gesichtspunkt vorgeschwebt und es nicht in seinem Willen liegen können, die Familie des vor der Geldstagserkenntniß verstorbenen Familienhauptes von dieser Wohlthat zu verschalten.

U. v. 4. April 1866.

Sechstes Hauptstück.

Von der Theilung der Erbschaft.

---

§§. 983–994.

425. Im Jahre 1863 verstarb ein im Kanton Aargau niedergelassener Bürger aus dem Kanton Zug, der als Erben einen Sohn und drei verheirathete Töchter hinterließ.

Die letzteren beriefen sich auf §§. 1 und 6 des a. b. G. und verlangten Theilung des väterlichen Nachlasses nach aargauischem Gesetz, resp. im Sinne der Gleichberechtigung aller Kinder und setzten gegen ihren Bruder, der seine Einwilligung zu einer solchen Theilung versagte, den Klagschluß an das Recht: Der Beklagte sei schuldig, die Erbschaft ihres verstorbenen Vaters mit den Klägern nach §. 879 des a. b. G. zu theilen.

Der Beklagte bestritt dieses Begehren, behauptend: Die Theilung müsse nach den Gesetzen der Heimath des Erblassers, des Kantons Zug, stattfinden, und schloß auf Abweisung der Klage.

Dieser Schluß des Beklagten wurde als begründet angesehen; man fand nämlich: Der Kanton Aargau habe von jeher dem Grundsatze,

daß in Beziehung auf das Erbrecht die Gesetze der Heimath des Verstorbenen zur Anwendung kommen sollen, beigepflichtet und nachgelebt, auch sei er dem von verschiedenen Kantonen errichteten Konkordate vom 15. Juli 1822 über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse beigetreten, welches Konkordat diesem Grundsatze Ausdruck verliehen habe, indem es in Art. 3 bestimme: Die Erbverlassenschaft ab intestato eines Niedergelassenen sei nach den Gesetzen seines Heimathortes zu behandeln. Bei testamentarischen Anordnungen seien, in Hinsicht auf die Fähigkeit zu testiren, sowie in Hinsicht auf den Inhalt (materia) des Testamentes, ebenfalls die Gesetze des Heimathkantons als Richtschnur aufgestellt, was auch in Bezug auf Erbtheilungen gelten solle; betreffend aber die zu Errichtung eines Testamentes nothwendigen äußerlichen Förmlichkeiten, so unterliegen solche den gesetzlichen Bestimmungen des Ortes, wo dasselbe errichtet werde.

Das fragliche Prinzip, daß die Gesetze der Heimath des Verstorbenen maßgebend seien, werde auch durch die Verordnung vom 16. November 1846 über Verlassenschaftsfälle, Versieglungen, gerichtliche Vermögensverzeichnisse (Beneficia Inventarii) und erbschaftliche Schuldenrüfe ausgesprochen, da in §. 2 daselbst vorgeschrieben sei, daß wenn der Erblasser nicht Bürger am Wohnorte gewesen, von seinem Hinscheide sofort die Heimathbehörde zu benachrichtigen und das Verlassenschaftsverzeichniß nur dann von der Wohnortsbehörde aufzunehmen sei, wenn es von der heimathlichen Waisenbehörde verlangt, oder bei Ausländern sonst vorläufig erforderlich sei.

Aber auch der Kanton Zug bekenne sich zu dem Grundsatze, daß eine Erbschaft vom Rechte der Heimath des Erblassers beherrscht werden soll. Zug sei zwar dem angeführten Konkordate nicht beigetreten, es habe aber seinen Beitritt nur deßhalb verweigert, weil daselbst seiner Auffassung nach das Heimathsprinzip beschränkt, oder demselben zu wenig Rechnung getragen worden; es habe nämlich die Ansicht geltend gemacht, daß bei testamentarischen Anordnungen, Eheverträgen u. s. w. nicht nur in Ansehung der Materie, des Inhaltes, sondern auch der äußerlichen Förmlichkeiten das heimathliche Recht zur Anwendung gelangen müsse, dabei aber rückhaltlos erklärt, es huldige dem Grundsatze, daß die Niedergelassenen in allen Erbrechtsverhältnissen nach dem Gesetze der Heimath zu behandeln seien. Dieser Grundsatz habe denn auch im Civilgesetze des Kantons Zug, in §. 2, den unzweideutigsten Ausdruck gefunden.

Wenn nun der Kanton Aargau von dem Prinzipe geleitet werde, daß die Erbrechtsverhältnisse den Gesetzen der Heimath des Erblassers unterworfen seien und auch der Kanton Zug bezüglich der Beerbung

eines Kantonsfremden die Anwendung der Gesetze seiner Heimath gewähre, so müsse auch der vorliegende Erbfall nach dem Rechte des Kantons Zug, dem der Heimath des Verstorbenen, behandelt werden. Die nicht konkordirenden Stände haben nämlich den dem Konkordate beigefügten Anmerkungen zufolge sich in Erbschaftssachen die Anwendung ihrer Gesetze oder des Reciprocitätsgrundsatzes vorbehalten. Es berechtige dies zur Folgerung, es sei von den konkordirenden Ständen kundgegeben worden, daß gegen die nicht konkordirenden Kantone, welche in Erbfällen das Heimathrecht als maßgebend erachten, die Reciprocität Platz greifen solle.

Die Kläger suchen aber ihr Begehren, daß der väterliche Nachlaß nach §. 879 des a. b. G. unter die Erben zu vertheilen sei, durch §§. 1 und 6 daselbst zu rechtfertigen. Allein §. 1, welcher sage, daß der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Rechte und Pflichten der Einwohner des Kantons unter sich bestimmt werden, das bürgerliche Recht in demselben ausmache, bestimme nur den Begriff des Civilrechts im Gegensatze zum öffentlichen Recht rc., und sei schon seiner Unbestimmtheit und der der Schule entnommenen Fassung wegen nicht geeignet, eine Streitfrage über die Konkurrenz verschiedener Gesetzgebungen zu lösen.

Aber auch §. 6 könne den Klägern nicht zu statten kommen; nach Vorschrift desselben erstrecken sich die bürgerlichen Gesetze des Kantons nur dann auf die in demselben befindlichen Personen und Sachen, wenn sie seiner Gerichtsbarkeit unterworfen seien. Die bisherige Erörterung zeige aber, daß der den Gegenstand des Streites bildende Erbfall der aargauischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit (Satz 3 des Konkordates) nicht unterliege. U. v. 9. Febr. 1864.

426. Als über J. K. im Jahr 1856 die Bevormundung ausgesprochen worden, hatten die Söhne dessen in Fahrhabe und Liegenschaften bestehendes Vermögen nach vorausgegangener Schatzung zur Besorgung, Verwaltung und Benutzung übernommen, gegen die vertragsmäßige Verpflichtung, die fällig werdenden Zinsen zu bezahlen und dem Vater und dessen Ehefrau einen gehörigen Unterhalt zu gewähren.

Wie nun im Jahr 1860, nach erfolgtem Hinscheide des Vaters und dessen Ehefrau die längst verheiratheten Töchter, resp. dessen Ehemänner, auf Theilung der Verlassenschaft klagten, eine Schatzung der Liegenschaften und für den Fall, als die Söhne sie um den Schatzungspreis nicht übernehmen sollten, die Versteigerung derselben anbegehrten, wurde von den Söhnen eingewendet, daß sie durch ihre Leistungen und Verwendungen auf das väterliche Heimwesen dieses letztere verbessert

und den Werth desselben, sowie der Fahrhabe beträchtlich vermehrt haben; sie führten nämlich an, daß sie zwei Aecker und eine Wiese ausgegraben und ausgedohlt, daß sie einem andern Acker und einer andern Wiese eine gleiche Verbesserung gegeben, daß sie auf den Liegenschaften junge Bäume gepflanzt, an den Gebäulichkeiten erhebliche Verbesserungen vorgenommen, auch den Waldboden in bessern Stand gesetzt und daß überhaupt der Mehrwerth des väterlichen Heimwesens, welchen dasselbe seit der Schatzung vom Jahr 1856 erhalten, von den Arbeiten und Verwendungen der Söhne herrühre.

Die Söhne bezeichneten meistentheils den Betrag des Mehrwerths, den die einzelnen Verbesserungen zur Folge gehabt, sowie die Kosten, welche diese Verbesserungen verursacht haben sollen und verlangten eine entsprechende Vergütung ihrer Leistungen.

Wenn es nun Thatsache ist, daß die beklagten Söhne durch ihre außerordentlichen Arbeiten und Verwendungen das väterliche Heimwesen in bessern Stand gestellt und demselben einen höhern Werth gegeben, so erscheint diese Werthvermehrung nicht als eine zufällige und darum der Erbschaft zu gut kommende, sondern es fordert dann Recht und Billigkeit, daß den Söhnen für ihre ausschließlichen Arbeiten und Verwendungen bei der Erbtheilung eine gebührende Vergütung zu Theil werde.

Es wurde denn auch den Beklagten der Beweis ihres Anbringens, das klägerischerseits verneint worden, gestattet. U. v. 12. Jenner 1864.

427. Am 29. September 1851 starb Joh. Adam Frikart, Gerber von Zofingen, dessen Erbschaft von sämmtlichen Erben angenommen worden.

Nachdem der Sohn Frikart hierauf in den Geldstag gefallen, wurde von den übrigen Erben dem Geldstagsrichter ein Theilungsentwurf vorgelegt. Dieser Theilungsentwurf war so abgefaßt, daß die Erbmasse die Hälfte einer Schuld des falliten Sohnes im Betrage von Fr. 4642, bezüglich welcher der Erblasser Johann Adam Frikart zur Hälfte in Bürgschaftspflicht stand, als ihre, der Erbmasse, Schuld in Rechnung genommen, dagegen aber den entsprechenden Betrag dem Geldstager als Vorempfang angerechnet hatte.

Gegen diesen Theilungsentwurf erhob sich nun Frau Wittwe Steinegger, geb. Stambach, von Zofingen, als Erbin ihres verstorbenen Gatten, welcher für die Schuld des Sohnes Frikart sowie der Vater des letztern Bürge gewesen, sich also zur Hälfte bürgschaftlich verpflichtet hatte, indem sie darauf aufmerksam machte, daß zur Zeit, da der Erblasser Joh. Adam Frikart gestorben, der jetzige Geldstager Schuldner

des fraglichen Betrages, der Erblasser aber nicht etwa Gläubiger, sondern Bürge gewesen, daß daher der Theilungsentwurf, indem er das Vermögen der Konkursmasse in unbefugter Weise vermindere, die Rechte der gegenüber dem Geldstager in Bürgschaftspflicht stehenden Klägerin verletze.

Die Klägerin stellte das Begehren: Der Theilungsentwurf sei, in sofern er das Bürgschaftsbetreffniß des Erblassers J. A. Frikart an der vom Geldstager schuldigen Summe von Fr. 4642 dem letztern als Vorempfang anrechne, richterlich als ungesetzlich und unstatthaft zu erklären.

Das vorwürfige Rechtsverhältniß wurde folgendermaßen gewürdigt:

Vor allem aus stehe als prozedürlich fest, daß am 29. September 1851 mit dem Tode des Herrn J. A. Frikart, Vater, das Erbe fällig geworden und daß sowohl die Beklagten als der jetzt im Geldstag liegende Sohn Frikart die nächsten Erbberechtigten seien. Müsse somit zur Erbtheilung geschritten werden, so sei es wohl unbezweifelten Rechtens, daß sowohl das sämmtliche erbschaftliche Vermögen als die sämmtlichen Erbschaftsschulden unter die Erben gleichmäßig vertheilt werden müssen.

In Festhaltung dieses Grundsatzes schreibe die Satzung 10, fol. 173 der b. G. S. vor: „Wenn einigen der Kinder noch bei des Vaters oder der Mutter Lebzeit, entweder ehesteuersweise oder anderer Gestalten ein Theil des mütterlichen oder väterlichen Guts herausgegeben und zu Handen gestellt worden wäre, so sollen entweder diese Kinder nach des Vaters und der Mutter Tod sothanes vorerlangtes Gut in die Theilung wiederum einwerfen, oder es sollen die andern Kinder, die vom väterlichen oder mütterlichen Gut noch nichts empfangen, jedes auch ebensoviel zum Voraus nehmen. Hernach solle die ganze übrige Verlassenschaft unter alle Kinder gleich getheilt werden." — Daraus folge nun, daß, wenn der Erblasser sich für den einen oder andern Erben zu Gunsten eines dritten Gläubigers verbürgt habe, die fragliche Schuld dem Erben keineswegs an seinem Erbtheil abgerechnet werden könne, zumal der verbürgte Schuldbetrag weder vom väterlichen noch mütterlichen Gute dem Erben herausgegeben, sondern ihm vielmehr von einem Dritten creditirt worden sei und daher die von den Beklagten vorgenommene Erbtheilung, welche eine solche Abrechnung bezwecke, als eine ungesetzliche sich erzeige.

Wenn von den Beklagten noch die Vorschrift des §. 792 des a. b. G. angerufen werde, so sei diese Gesetzesbestimmung im Falle für sie eine unbehelfliche, zumal dieselben vom Schuldner keine Sicherstellung verlangt und wenn sie sogar dieses gethan hätten und ihnen nicht entsprochen worden wäre, sie nach Vorschrift des erwähnten §. in Ver-

bindung mit §. 785 nur das Recht gehabt haben würden, die Bürgschaft aufzukünden, keineswegs aber durch eine Art eigenmächtiger Selbsthülfe, nämlich durch den Modus der Erbtheilung sich Sicherheit zu verschaffen.

U. v. 10. Mai 1855, Art. 3.

428. Nach §. 196 des a. b. G. ist der Vater nicht verbunden, der im Besitze von Vermögen befindlichen Tochter bei ihrer Verehelichung eine Aussteuer zu verabfolgen. Wenn der Vater derselben gleichwohl eine Aussteuer gegeben, so entsteht die Frage, ob er den dafür ausgelegten Betrag vom Ehemanne der Tochter zurückfordern könne.

Diese Frage ist zu verneinen, denn die Thatsache der geleisteten Aussteuer berechtigt nach Inhalt des §. 985 bloß zu der Folgerung, daß die daherige Leistung bei der dereinstigen Festsetzung ihres Erbtheils in Anrechnung zu bringen sei. Würde die Verabredung oder von Seite des Vaters die Bedingung getroffen, daß die Aussteuer auf Rechnung des der Tochter angefallenen Vermögens bezahlt werde, dann allerdings hätte die letztere für die diesfällige Auslage einzustehen, resp. ihr Ehemann wäre verpflichtet, dieselbe zurückzubezahlen; im entgegengesetzten Falle aber kann er zum Rückersatz nicht verhalten werden.

429. Zufolge §. 985 des a. b. G. hat ein gesetzlicher Erbe das an seinen Pflichttheil anrechnen zu lassen, was er vom Erblasser 1. als Aussteuer oder 2. in anderer Weise auf Rechnung des Erbtheils erhalten hat.

A belangte nun den B um Einwerfung eines Betrages in die Erbsmasse, welchen der Erblasser bei seinen Lebzeiten dem B hatte zukommen lassen, so daß dem letztern dadurch eine wahre Bereicherung zu Theil geworden war. A behauptete, es sei dieser Betrag im Sinne des cit. §. 985 dem B auf Rechnung des Erbtheils zugewendet worden; B erwiderte, er habe denselben als einfache Schenkung erhalten und bestehe daher für ihn keine Pflicht zur Kollation.

Es frägt sich nun, wem die Beweislast auffalle. Man wäre versucht, zu sagen, dem B, weil eine Schenkung nie präsummirt wird und daher von demjenigen, der sie behauptet, bewiesen werden muß. Allein diese Auffassung wäre inkorrekt und würde der angeführten Gesetzesbestimmung widerstreben. A ist der Kläger und verlangt die Kollation; zur Klagbegründung gehört der Nachweis eines der Kollationsgründe, die der §. 985 aufstellt; also fällt ihm die Beweislast auf, mit andern Worten, B wird im Besitze des Empfangenen so lange geschützt, bis gegen ihn ein gesetzlicher Grund zur Kollation nachgewiesen ist.

U. v. 9. Mai 1868.*

* Mit der Vorschrift des §. 985 des a. b. G. vgl. auch Nr. 186.

430. Nach dem Absterben des Vaters, resp. Schwiegervaters und nach stattgefundener Theilung des Nachlasses desselben unter die Kinder verlangte ein Erbe von dem andern Rückersatz seines Antheils an demjenigen Betrage, den der Erblasser seiner Zeit an die Erziehungskosten für die Kinder des Letztern (die Großkinder) infolge gerichtlichen Urtheils zu bezahlen in den Fall gekommen, welcher Betrag nicht in die abgeschlossene Theilung gezogen, also von dem betreffenden Erben nicht wieder eingeschossen worden.

Nach Abschluß und Genehmigung einer Erbtheilung können nun von den einen Erben gegen die andern nicht nachträglich noch Einschußbegehren erhoben werden. Die Theilung einer Verlassenschaft hat die definitive Bereinigung und Liquidation aller gegenseitigen Erbsansprüche und Schuldigkeiten zum Zwecke. Wenn nun der Erblasser im Falle gewesen, für die Kinder des Beklagten einen besondern Aufwand zu machen, so war es Sache der Miterben, bei der Theilung und vor dem endlichen Abschlusse und der Genehmigung derselben die Collation im Sinne der §§. 987 und 988 des a. b. G. zu verlangen. Haben sie dieses unterlassen, so muß aus dieser Unterlassung — als einem, wenn auch nur negativen, doch konkludenten Umstande — auf den Verzicht weiterer Ansprüche mit Recht geschlossen werden.

Da aber der Kläger behauptete und zu beweisen beantragte, „daß „er bei der stattgefundenen Erbstheilung vorerst An- und Abrechnung ver- „langt habe, was die Kinder des Beklagten von dem Großvater schon „empfangen, der Beklagte aber diese Abrechnung grundsätzlich verweigert „und Kläger daher anfänglich auch vor Entscheidung der Frage sich nicht „zur Theilung habe herbeilassen wollen; daß er sich aber in der Folge „unter dem Vorbehalte der Nachforderung zur Theilung be- „quemt habe", so wurde in Aufhebung des bezirksgerichtlichen Urtheils, welches dem Kläger den Klageschluß ohne Weiteres zugesprochen, auf den Beweis dieser Behauptung erkennt. —

431. In der Antwort auf die Klage, in der auf Theilung einer Erbschaft geschlossen wurde, wollte der Beklagte verschiedene Forderungen anerkannt wissen, welche derselbe für Verwendungen, die er auf die Erbschaft gemacht und für Leistungen, die er dem Vater gethan, in Anspruch nahm.

Das Bezirksgericht verwies — in Anerkennung der Anschauung des Klagetheils — die fraglichen Forderungen ad separatum, weil ihre

Geltendmachung in diesem Streite eine unzulässige Widerklage enthalte, indem die Forderungen in keiner innern Verbindung mit dem Klagbegehren stehen und einen andern Gegenstand, nicht die Erbschaftsmasse betreffen.

Diese Auffassung konnte letztinstanzlich nicht anerkannt werden.

Die in Rede stehende Klage qualifizirt sich als eine Erbtheilungsklage (actio familiæ herciscundæ); als solche zählt sie zu den judiciis divisoriis, die das Eigenthümliche haben, daß jeder Mitbetheiligte, gleichviel, welche Parteirolle er trägt, als Kläger und als Beklagter erscheint. Es liegt dies in der Natur der Sache, denn es ist nicht abzusehen, wie ein Erbtheilungs- oder Grenzbereinigungsstreit seine endgültige richterliche Erledigung finden könnte, wenn nicht beiden Parteien gestattet wäre, ihre konkurrirenden Ansprüche an das Streitobjekt gleichzeitig geltend zu machen und der richterlichen Entscheidung zu unterwerfen.

Zu diesen Ansprüchen an das Streitobjekt gehören aber bei Erbtheilungsklagen nicht bloß die Eigenthumsrechte, sondern die Effektuirung aller anderweitigen Prätensionen und namentlich auch solcher, die man infolge Verwendungen auf die Gemeinschaft zu fordern berechtigt ist, wenn auch die Möglichkeit einer gesönderten Realisirung obligatorischer Verhältnisse unter Miterben nicht ausgeschlossen bleibt.

Die Anschauung des Bezirksgerichts, daß die Forderungen des Beklagten in keiner innern Verbindung mit dem Klagbegehren stehen und einen andern Gegenstand als die Erbschaftsmasse betreffen, ist materiell durchaus unrichtig. Die Klage bezweckt die richterliche Feststellung desjenigen, was dem einzelnen Erben aus dem Soll und Haben der Masse zufällt; denn diese besteht nicht bloß aus Aktiven, sondern auch aus Passiven. Jene Feststellung ist nun nur möglich, wenn nicht bloß das Vorempfangene konferirt wird, sondern auch persönliche Anforderungen des Einzelnen an der Masse mit in Rechnung gezogen werden.

Ohne ein solches Verfahren ist der Zweck des Erbtheilungsprozesses, die endgültige Ausscheidung der einzelnen Ansprüche an die Verlassenschaft, nicht denkbar, wohl aber einer Anzahl von Separatprozessen die Thüre geöffnet.

Von dieser, aus der Natur der Sache fließenden und mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts im Einklang stehenden und zudem in §. 991 des a. b. G. auch positiv ausgesprochenen Auffassung aus erzeigt sich das Vorgehen des Beklagten als ein rechtlich zulässiges und wurde ihm daher auch die für seine Ansprüche angebotene Beweisführung bewilligt. U. v. 17. November 1870.

II.

Prozeßordnung.

Prozeßordnung
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Erstes Hauptstück.

Allgemeine Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens.

---

§§. 1—5 der P.-O.

432. Als eine Forderungsklage eingereicht worden, erließ das Gerichtspräsidium, nachdem es sich von Amtswegen erkundigt, daß der Beklagte sein Domizil nicht im Bezirke habe, den Bescheid, daß das Gericht zur Beurtheilung der Sache nicht kompetent sei und deßhalb die Klage zurückgewiesen werde.

Dieser Entscheid verstößt sich aber gegen den in §. 1 der P.-O. ausgesprochenen Grundsatz, daß der Richter nur auf Begehren einer Partei und nie von Amtswegen verfahren soll. Diesem Grundsatze gemäß ist die Klage dem Beklagten zuzustellen, dem es dann überlassen bleibt, die ihm gut scheinende Rechtsvorkehr zu erstatten. Allerdings giebt es Fälle absoluter Inkompetenz, in denen der Richter die Entscheidung unbedingt von der Hand weisen muß. In fraglicher Sache liegt aber ein solcher Fall nicht vor, da sie eine Geldforderung zum Gegenstande hat, bei welcher höhere Rücksichten des Staates im Bezug auf die Kompetenzfrage, wie dies z. B. bei Vaterschafts- und Ehesachen der Fall ist, nicht konkurriren. U. v. 20. Oktober 1863.

433. Nachdem J. D., welchem infolge gestellten Provokationsgesuches eine Frist zur Klagführung festgesetzt worden, beim Tit. Gerichtspräsidium die Klage abgegeben, wies diese Amtsstelle dieselbe zurück, mit der Erwägung, daß die richterlich bestimmte Klagfrist abgelaufen, somit die Rechtsvorkehr zu spät eingereicht worden.

Auch dieser Entscheid geräth in Widerspruch mit §. 1 der P.-O., wornach der Richter nur auf Begehren einer Partei und nur dann von Amtswegen verfahren soll, wenn ihm das Gesetz die Amtshandlung zur Pflicht macht. Von Amtswegen hat der Präsident, dem eine Civilklage abgegeben worden, im Sinne der §§. 61 und 62 der P.-O. vorzugehen; weitere Amtshandlungen sind demselben durch das Gesetz nicht eingeräumt und hätte deßhalb die Klage dem Beklagten zugestellt werden sollen, da über die Frage, ob die Klage zu spät anhängig gemacht worden, nur das Gericht, gestützt auf die diesfalls geltend gemachte Einrede, resp. auf die vorausgegangene Parteiverhandlung zu entscheiden hat.

U. v. 18. Dezember 1863.

434. In einem Civilstreite, welcher das Begehren um Aufhebung eines Kaufvertrages über ein Grundstück aus Grund der Verletzung über die Hälfte zum Gegenstand hatte, wurde von den richterlich ernannten Sachverständigen der Liegenschaft, welche um Fr. 220 veräußert worden, ein Werth von Fr. 115 beigelegt. Der Klagetheil stellte hierauf das Begehren: Das Bezirksgericht wolle den Experten einen Bericht darüber abfordern, ob ihnen nicht von Dritten Angebote oder Aeußerungen über den Werth der Liegenschaft gemacht worden, ob sie nicht darauf eingetreten und sich dadurch zu der vorwürfigen Schatzung haben bestimmen lassen.

Der Beklagte gab die Einforderung des fraglichen Berichtes zu, gleichwohl wurde das Begehren vom Bezirksgericht als unzuläßig abgewiesen, der diesfällige Entscheid aber als dem §. 1 der P.-O. widerstreitend, aufgehoben.

Im Falle war keine Veranlassung für den Richter gegeben, einen Entscheid über die Zwischenfrage auszufällen, da das Gesuch nicht bestritten worden und das Gesetz ihm verbietet, von Amteswegen einzuschreiten und über die Begründtheit des nicht widersprochenen Begehrens zu erkennen. U. v. 28. Februar 1863.

435. Die von einer Ortsbürgergemeinde gegen die Nordostbahngesellschaft erhobene Civilklage wurde der letztern mit dem Auftrag zugestellt, binnen 21 Tagen ihre Rechtsvorkehr darauf zu erstatten. Von dem Bevollmächtigten der Nordostbahn wurde hierauf dem Gerichtspräsidium eine Eingabe übermacht des Inhalts, daß in dieser Angelegenheit die Kompetenz des Bezirksgerichts nicht anerkannt werde, da nach dem eidgenössischen Expropriationsgesetz verfahren werden müsse und daß man sich deßhalb mit dem Gesuche an den Bundesrath gewendet, derselbe wolle die Civilklage als unstatthaft erklären und die klagende

Gemeinde anweisen, ihre Ansprüche auf dem Wege des Expropriationsverfahrens geltend zu machen.

Infolge dessen traf das Gerichtspräsidium die Verfügung, daß das Geschäft sistirt werde, sofern der Vertreter der Nordostbahngesellschaft binnen 10 Tagen die Bescheinigung beibringe, daß in dieser Sache eine Beschwerde beim Bundesrath eingereicht worden sei.

Dieser Präsidialentscheid wurde als unzulässig aufgehoben, da er ohne das Vorhandensein zwingender Umstände auf einseitiges Begehren einer Partei erlassen worden. Als Grund des Einstellungsbegehrens wurde angeführt, daß in der Sache die Kompetenz des Bezirksgerichts nicht anerkannt werde. Hinter dem Sistirungsbegehren steht also die Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts. In welcher Form eine solche Einrede zu verhandeln sei, darüber enthalten die §§. 85 und folg. der P.-O. die bestimmteste Wegweisung. U. v. 22. Jenner 1861.

Zweites Hauptstück.

Von dem Richter und dem Gerichtsstand.

---

§§. 6–23.

436. Von der Regel, daß allen Klagen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der friedensrichterliche Vermittlungsversuch vorangehen müsse, ist laut §. 7 litt. g der P.-O. die Aufforderungsklage ausgenommen.

Aus den Bestimmungen des II. Abschnitts des 6. Hauptstücks der P.-O (§§. 293—300) ist nun unschwer zu entnehmen, daß das Gesetz unter Aufforderungsklage diejenige Klage versteht, welche die Geltendmachung eines Anspruchs hervorzurufen bezweckt, nicht aber diejenige, die infolge des Provokationsgesuches angehoben wird. Es besteht kein innerer Grund, die aus der Aufforderung hervorgegangene Klage der allgemeinen Regel zu entziehen, indem bei dieser die Absicht, welche der Vorschrift des §. 6 der P.-O. offenbar innewohnt, keineswegs ausgeschlossen ist. U. v. 29. Mai 1857.

437. Alois Schmid in Fischingen legte beim Bezirksgericht Baden eine Klage gegen A. Rimann von Rohrdorf ein, welche mit dem Rechtsbegehren schließt, daß der Beklagte richterlich verhalten werde, einen mit

dem Kläger unterm 19. April abgeschlossenen Kaufvertrag über ein in der Gemeinde Bichelsee, Kantons Thurgau, gelegenes Heimwesen anzuerkennen und seinen diesfälligen Vertragsverpflichtungen nachzukommen. Dieser Klage setzte der Beklagte die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Bezirksgerichts Baden entgegen und wurde dieselbe von jener Behörde auch als begründet erklärt.

Das Obergericht nahm den entgegengesetzten Standpunkt ein, indem es fand:

Der Beklagte beziehe sich zur Begründung der von ihm erhobenen Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts auf §. 12, b der aarg. P.-O., welcher laute: „Wenn die Streitigkeit einen Kauf-, Tausch-, Pacht- oder Miethvertrag über Liegenschaften beschlägt, so soll dieselbe vor dasjenige Bezirksgericht gebracht werden, in dessen Bezirke die Liegenschaften ganz oder zum größten Theil gelegen sind." Allein diese Stelle sei nicht vermögend, die Einrede des Beklagten zu rechtfertigen.

Vorab falle in Erwägung, daß die angeführte Vorschrift der P.-O. sich nur auf Streitigkeiten über Liegenschaften beziehen könne, welche auf aargauischem Kantonsgebiet liegen (§. 6 des a. b. G.) und bloß die Kompetenz der aargauischen Gerichte unter sich zu regeln bestimmt sei. Es stehe daher dem Kanton Aargau nicht zu, die Gerichtsbarkeit über seine Grenzen hinauszutragen und dem Richter des Wohnorts (§. 8 der P.-O.) ein auswärtiges Gericht der gelegenen Sache zu substituiren.

An diese Erwägung reihe sich die Betrachtung, daß die in den Kantonen aufgestellten Gesetze nur insoweit Anwendung finden, als ihnen nicht die Bundesverfassung oder andere eidgenössische Konkordate und Verträge im Wege stünden. Nun schreibe §. 50 der Bundesverfassung vor, daß der aufrechtstehende schweizerische Schuldner für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden müsse. Damit sei dem §. 12, b der aarg. P.-O. die Wirksamkeit mit Bezug auf den vorwürfigen Fall vollends versagt. Der Beklagte vermeine zwar — und das Bezirksgericht habe diese Anschauung adoptirt — der §. 50 der B.-V. beziehe sich nur auf Schuldforderungen, also rein persönliche Rechte, während die vorwürfige Frage, wenn nicht rein dinglicher, doch gemischter Natur sei. Allein eine constante Praxis der Bundesbehörden stehe mit dieser engen Auslegung des cit. §. in Widerspruch. Der letztere bediene sich des Ausdrucks „persönliche Ansprachen" im Gegensatz zu „dinglichen Rechten" und begreife alle Klagen in sich, welche auf Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit gerichtet seien. Vergl. Ullmer I Nr. 253, namentlich aber den ganz analogen Fall Nr. 254, auch Band II Nr. 864. U. v. 28. April 1871.

438. Die württembergische Depositenkasse in Stuttgart suchte die Bewilligung der Vollstreckung eines vom Handelsgericht Karlsruhe-Pforzheim ausgefällten Urtheils d. d. 17. März 1871 gegen die Gebrüder Wanger im Turgi nach. Die Prüfung der eingemittelten Belege ergiebt folgendes:

Am 23. Juli 1869 stellte Wilhelm Lancaster in Kannstadt zu Gunsten der genannten Depositenkasse einen Wechsel von fl. 4034. 10, gleich Fr. 8532. 25 auf Kaspar Wanger in Frauenalb bei Karlsruhe aus, zahlbar auf letzten Oktober 1870 bei Gebrüder Wanger in Zürich, nun im Turgi domizilirt. Der Wechsel wurde sowohl vom Trassaten als von der Firma „Gebrüder Wanger" bedingungslos acceptirt. Trotzdem mußte derselbe auf Verfallzeit wegen Mangels Zahlung protestirt werden, wobei die Gebrüder Wanger sich darauf beriefen, daß sie keine Deckung zur Bezahlung des Wechsels erhalten. Die Wechselgläubigerin klagte nun den Kaspar Wanger nnd die Gebrüder Wanger beim Handelsgerichte Karlsruhe-Pforzheim ein, welches Tribunal — in Verwerfung der von den Beklagten erhobenen Einrede der Nichtzuständigkeit des Richters — dieselben am 17. März abhin zur Bezahlung der Wechselschuld sammt Kosten verurtheilte.

Es frägt sich nun, ob dem bezüglichen Erkenntnisse die Bewilligung zur Vollstreckung gegen die Firma Gebrüder Wanger im Turgi ertheilt werden kann. Diese Frage muß aus folgenden Gründen verneint werden:

Gemäß §. 4 des Staatsvertrages zwischen dem Kanton Aargau und der Großherz. bad. Regierung vom 25. Mai 1867 über die gegenseitige Vollstreckbarkeit der Urtheile in bürgerlichen Rechtssachen ist zu prüfen, ob das Urtheil, dessen Vollzug verlangt wird, als zuständig erlassen und rechtskräftig zu betrachten sei. Nach Art. 2 ist die Frage der Zuständigkeit nach den Gesetzen desjenigen Staates zu entscheiden, in welchem das Erkenntniß zum Vollzuge kommen soll. Nun bestimmt der §. 8 der aarg. Prozeßordnung, daß in der Regel der Wohnsitz des Beklagten den Gerichtsstand begründe. Von diesem Grundsatz statuiren nun allerdings die §§. 9 und ff. mehrfache Ausnahmen und namentlich bestimmt der §. 10, daß bei Klagen gegen zwei Streitgenossen der Kläger die Wahl habe, bei welchen von den beiden Gerichten des Wohnortes er klagen wolle. In Berufung auf diese Vorschrift behauptet nun der Gesuchsteller, daß die Firma „Gebrüder Wanger" verpflichtet gewesen sei, sich vor dem Handelsgericht in Karlsruhe einzulassen. Allein diese Auffassung ist unrichtig.

Abgesehen davon, daß die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft im Falle wohl kaum zutreffen, indem die bedingungslose Acceptation des Wechsels durch die Firma Gebrüder Wanger eine eigentliche Correal-

verbindlichkeit begründete und darum den einzelnen Obligirten die Einrede der mehrern Streitgenossen nicht zustand, — so finden die Bestimmungen der aarg. Prozeß-Ordnung sowenig als die der Großh. bad. Prozeßgesetzgebung auf internationale Verhältnisse Anwendung, sondern sie reguliren bloß die Kompetenz der Gerichte des einzelnen betreffenden Staates unter sich; denn nach gemeinschaftlichem Grundsatze, wie nach der speziellen Vorschrift des §. 6 des a. b. G. beziehen sich die Gesetze des hierseitigen Staates nur auf diejenigen Personen und Sachen, die sich im Gebiete des Kantons befinden und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Es steht darum den aarg. Gerichten nicht zu, auswärts wohnende Bürger eines andern Staates seiner Jurisdiktion zu unterwerfen; umgekehrt kann aber auch dieselbe dem Großh. bad. Richter nicht eingeräumt werden gegen solche Personen, die nicht im dortigen Staatsgebiet, sondern im Aargau domizilirt sind.

Daß die Bestimmungen unserer P.-O. der bezeichneten Interpretation unterworfen sind, erhellt aufs Augenscheinlichste aus der bisherigen Judikatur der schweizerischen Bundesbehörden. Die constante Praxis der Letztern hat festgestellt, daß der §. 50 der Bundesverfassung, wonach „der aufrecht stehende schweizerische Schuldner für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden müsse", in allen Streitigkeiten über obligatorische Ansprüche zwischen Bürgern verschiedener Kantone allein maßgebend sei und jedweder abweichenden Vorschrift der kantonalen Prozeßgesetze derogire. Es ist darum über allen Zweifel erhaben, daß, falls in concreto statt des Großh. bad. Handelsgerichts ein schweizerisches Gericht, in dessen Sprengel die Firma Gebrüder Wanger nicht domizilirt ist, die Einrede der Nichtzuständigkeit verworfen hätte, die Bundesbehörden die Cassation ausgesprochen haben würden.

Was aber in interkantonalen Verhältnissen Rechtens ist, das hat wohl auch auf internationale Beziehungen Anwendung.

U. v. 30. Mai 1871.

439. Werden Fr. 200 nebst Zinsen für eine bestimmte Zeitdauer eingeklagt, so muß die Weiterziehung der Sache an das Obergericht als zulässig erachtet werden. Nach §. 15 der P.-O. ist nämlich die letztere gestattet, wenn der Streitgegenstand mehr als Fr. 200 beträgt. Ein Grund, welcher verhindert, die fraglichen Zinsen in Anschlag zu bringen, ist nicht vorhanden, denn dieselben bilden ebensowohl einen Bestandtheil des Streitgegenstandes als die Hauptforderung selbst.

U. v. 2. Juli 1863.

440. In Ansehung einer auf Ehetrennung gerichteten Klage wurde vom Bezirksgericht nach dem Schlusse des ersten Verfahrens ein Haupturtheil erlassen und die Trennung der Ehe ausgesprochen, dagegen mit Bezug auf die von der beklagten Partei geführte Widerklage eine Beweiserkenntniß ausgefällt.

Ein solches Verfahren ist aber dem Sinn und Geiste des Gesetzes zuwiderlaufend und deßhalb unstatthaft. Aus §. 17 der P.-O., welcher die Zulässigkeit der Widerklage in wenigen Ausnahmsfällen einräumt, ist zu entnehmen, daß Klage und Widerklage als im gleichen Verfahren neben einander laufend behandelt werden müssen und daß beider Durchführung in einer und der nämlichen Prozedur stattzufinden und diese nach außen ein einheitliches Ganzes darzustellen habe. Aber nicht nur der äußern Erscheinung, sondern auch dem innern Wesen nach ist dies wenigstens bei Ehescheidungsstreitigkeiten der Fall. In dieser Art von Rechtsstreitigkeiten stehen die beiden aus Klage und Widerklage hervorgehenden Verhandlungen in nothwendiger gegenseitiger Wechselwirkung, so daß man die eine Streitführung nur in Verbindung mit der andern beurtheilen kann und das Ergebniß der einen auf die Erledigung der andern ihre Wirkung äußert.

Es ergiebt sich daher, daß weder in dem Klage-, noch in dem Widerklagestreit ein endschaftliches Urtheil gefällt werden darf, bevor die Gesammtprozedur zum Abspruch reif ist. U. v. 1. September 1863.

441. Das bezirksgerichtliche Urtheil, das in einem Ehescheidungsprozeß erlassen worden, berücksichtigte die Beweisanträge der Klagpartei, ließ aber die Behauptungen und Beweisanträge der vom beklagten Theile geführten Widerklage unerörtert. Allein die Natur der Sache und der Zweck, den der beklagte Theil mit der Widerklage verbindet und der hauptsächlich darin besteht, die Klagpartei als den schuldigen Theil darzustellen und die gesetzlichen Folgen der Trennung im Bezug auf Entschädigung von sich abzuwälzen, macht es nothwendig, daß die Widerklage gleichzeitig mit der Hauptklage beurtheilt, folglich nach dem Schlusse des ersten Verfahrens untersucht werde, ob auch sie auf Thatsachen beruhe, die noch einer Beweisführung bedürfen.

U. v. 16. Februar 1859.

442. Auf Grund der Darstellung, daß in einem Forderungsstreit von der beklagten Partei dem Bezirksgericht wegen einer irrthümlichen Anweisung in einem Geldstage der Streit verkündet worden, wurde von dieser Partei in Ablehnung der fraglichen Behörde verlangt, daß ein anderes Bezirksgericht mit der Behandlung des Prozesses betraut werden möchte.

In Erwägung:

Daß die Frage, ob die beklagte Partei mit Recht der Geldstagsbehörde den Streit verkündet, jetzt nicht zu untersuchen sei, sondern lediglich erörtert werden müsse, ob ein gesetzlicher Grund zur Ablehnung des Gerichts wirklich vorhanden sei;

Daß diese Frage aber im Hinblick auf die nicht bestrittene Thatsache, daß eine Streitverkündung an die Geldstagsbehörde erlassen worden, bejaht werden müsse (§. 18 lit. a der P.-O.);

Daß überhaupt dem Rechte nach allen Richtungen am besten Rechnung getragen werde, wenn man die Verhandlung der Sache einem andern Bezirksgericht übertrage, welches derselben vollständig unbefangen gegenüberstehe (§. 18 lit. d), —

wurde beschlossen, daß sich die Mitglieder des Gerichts im Austrittsfalle befinden und demgemäß die Erledigung der Sache einem andern Gericht zugewiesen. U. v. 31. Mai 1871.

443. Wenn es sich in einer Streitsache um die Prüfung der Amtshandlung eines untergeordneten Richters durch eine ihm übergeordnete Behörde handelt, so begründet die Verwandtschaft des erstern mit einem Mitgliede der letztern keinen Austrittsfall und zwar aus dem einfachen Grunde, weil nicht persönliche Interessen in Frage kommen, welche sie in ihrem Urtheil befangen machen könnten, sondern Rechte und Interessen der streitenden Parteien, über welche sie als Richter zu urtheilen durch ihr Amt berufen sind.

Es wurde daher eine Beschwerde, die dahin ging: Ein Mitglied des Bezirksgerichts habe an der Beurtheilung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Erkenntniß des Friedensrichters Theil genommen, obgleich er mit demselben im ausschließenden Grunde verwandt sei, — als grundlos von der Hand gewiesen. U. v. 15. November 1870.

Drittes Hauptstück.

Von den Parteien.

---

§§. 24—46.

444. Gegen einen und denselben Schuldner trat der Bevollmächtigte von sechs verschiedenen Gläubigern als Arrestkläger auf. Die

Ansprüche dieser Gläubiger beruhten auf völlig verschiedenen Rechtsgründen, für jede einzelne Forderung wurde auch ein besonderer Arrest erwirkt und es bestand außer der Zufälligkeit, daß die sechs verschiedenen Ansprüche in die Hände eines und desselben Bevollmächtigten zur Betreibung und Rechtsbesorgung gekommen, keine Gemeinschaft unter den Gläubigern. Der Arrestbeklagte entgegnete nun, daß die Kläger nach §. 26 der P.-O. nicht befugt seien, gemeinsam gegen ihn aufzutreten, sondern daß jeder der Kläger seine Interessen selbstständig und besonders geltend zu machen habe und setzte die fristliche Einrede ans Recht: Er sei von der Einlassung auf die vorwürfige gemeinsame Vorkehr zu entbinden.

Dieses Begehren des Beklagten wurde richterlich als begründet erklärt und zwar in Würdigung des §. 26 der P.-O. Selbstverstanden ist die bloße gemeinschaftliche Besorgung verschiedener Rechtsgeschäfte nicht diejenige Gemeinschaft, die diese Bestimmung im Auge hat, weil sie nicht in dem Wesen und der Eigenschaft des Rechts oder der Verbindlichkeit, sondern bloß in der Person eines dritten — des Bevollmächtigten — liegt, welcher für die Stellung der Parteien nicht maßgebend sein kann.

Der Kläger erhob aber die Einwendung, daß der §. 86 der P.-O. allerdings unter den fristlichen Einreden diejenige der mehrern, nicht aber diejenige der nicht vorhandenen Streitgenossen aufführe. Unter den Klägern besteht gezeigtermaßen gar keine Streitgenossenschaft und durften sie deßhalb nicht als Streitgenossen auftreten. Gegen das von den Klägern unbefugterweise geltend gemachte Streitgenossenschaftsverhältniß mußte doch dem Beklagten ein prozeßualisches Vertheidigungsmittel zustehen. Dieses Vertheidigungsmittel ist aber gerade die Einrede der mehrern Streitgenossen, die eine positive und eine negative Richtung hat und dem Beklagten ebensowohl zusteht, wenn er nicht von allen denjenigen belangt wird, die unter sich eine Streitgenossenschaft bilden, als sie ihm auch in dem andern Falle gestattet sein muß, wenn die Klagpartei unbefugterweise eine Streitgenossenschaft beansprucht.

U. v. 27. Jenner 1857.

445. J. M. gab vor dem titl. Gerichtspräsidium gegen H. S. eine Klage zu Protokoll, welche den Schluß enthält: Der Beklagte sei richterlich zu verurtheilen, den Kläger als Eigenthümer des Platzes zwischen der Straße und dem Garten des Beklagten anzuerkennen. Nachdem hierauf der Beklagte den Gemeinderath zu Handen der Gemeinde mit der Erklärung hievon in Kenntniß gesetzt, daß er den klägerisch angesprochenen Platz als Eigenthum der Gemeinde betrachte und es ihr überlasse, die daherigen Ansprüche des Klägers auf dem Interventionswege zu bestreiten, beschloß die Gemeinde den Streit gegen den Kläger

zu übernehmen und beantragte in einer diesfalls ertheilten Antwort die Abweisung der Klage.

Dagegen wurde nun vom Kläger vorgebracht: Beklagter möge, wenn er den Streit mit ihm nicht aufnehmen wolle, den Abstand erklären, er sei nicht befugt, die Sache in dem Sinne an die Gemeinde zu verweisen, daß diese letztere die Klage bestreite. Die Stellung, welche die Gemeinde in diesem Streit einnehmen wolle, sei nicht als die eines Nebenintervenienten, sondern als diejenige eines Hauptintervenienten anzusehen, welche den zwischen dem Kläger und dem Beklagten streitigen Gegenstand für sich in Anspruch nehme und demnach auch mit einer selbstständigen Klage aufzutreten habe; es sei dies auch in der Natur der Sache begründet, da der Kläger der Gemeinde gegenüber ganz andere Gründe und Beweismittel anbringen werde, als seine Klage gegen den beklagten H. S. erfordert habe. Kläger verlangte: Es sei die von der Gemeinde eingereichte Antwort als eine unstatthafte zu verwerfen.

Das Bezirksgericht war der Ansicht: Es müsse, wenn auch die P.-O. eine genaue Begriffsbestimmung der Haupt- und Nebenintervention nicht aufstelle, aus dem Wesen und Wortlaut beider Rechtsmittel abgeleitet werden, daß das erstere die Ausschließung einer oder jeden Partei vom Streitgegenstand, das zweite aber die Theilnahme des Intervenienten am Streit neben der einen Partei gegen die andere zum Zweck habe und daß es unter dieser Voraussetzung kaum zu bestreiten sei, daß die Gemeinde, indem sie mit Zustimmung des Beklagten den Streitgegenstand als ihr Eigenthum anspreche, zur Hauptintervention greifen könne, während sie gemäß §. 34 der P.-O. nicht minder zur Nebenintervention befugt erscheine, so daß dem Kläger weder aus dem Gesetz noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses ein Einspruch gegen diese Wahl zustehe.

Das Obergericht dagegen theilte die Auffassung des Klägers. In ihrer auf die Klage erstatteten Antwort bezeichnet die Gemeinde den vom Kläger angesprochenen Platz als eine öffentliche Straße und einen stets offenen Weg, sie verneint, indem sie denselben ausdrücklich und unbedingt als ihr Eigenthum erklärt, daß er den anstoßenden Grundbesitzern gehöre und auch nur für die daran liegenden Häuser diene. Daraus folgt aber, daß, wenn sich die Gemeinde als Eigenthümerin ausweisen kann, dieses die Ansprüche des Klägers unbedingt ausschließt und daß folgerecht nach §. 31 der P.-O. im Falle nur die Hauptintervention statthaft erscheint.

Die Gemeinde ist auch nicht *mit* dem Beklagten (§. 35 der P.-O.) und nicht für denselben (§. 36), sondern in eigenem Namen für sich selbst zur Geltendmachung ihres selbstständigen, beide Parteien vom Eigenthum am Streitobjekt ausschließenden Rechts (§. 31), folglich nicht

als Streitgenossin oder Vertreterin des Beklagten, sondern in Wahrheit und dem Wesen nach als Hauptintervenientin aufgetreten; sie ist deßhalb auch nicht im Falle gewesen, eine Antwort auf die nicht gegen sie und ihr Recht gerichtete Klage zu erstatten, sondern eine eigene Klage, die Hauptinterventionsklage einzureichen (§. 32 der P.-O.).

U. v. 8. Dezember 1859.

446. Frau K. verurkundete eine Klage gegen B. mit dem Schluß auf Herausgabe einer Anzahl ihr gehörender Posamentstühle. Nach Erledigung einer gegen diese Klage vom Beklagten eingereichten fristlichen Einrede trat J. mit einer Hauptinterventionsklage auf, worin er die im Streite liegenden Posamentstühle als sein Eigenthum erklärte und daher das Begehren stellte, daß der Interventionsbeklagte B. verhalten werde, ihm diese Stühle herauszugeben. Nachdem gemäß dem Schluß dieser Hauptinterventionsklage das Gerichtspräsidium die Zustellung derselben an den beklagten B. verfügt hatte, führte die Klägerin K. gegen diese Verfügung Beschwerde, worüber folgendes befunden wurde:

Nach §. 31 der P.-O. sei ein Dritter berechtigt, als Hauptintervenient in den zwischen Andern anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen, wenn er ein selbstständiges, eine oder beiden streitenden Parteien theilweise oder gänzlich ausschließendes, mit der Hauptsache in solcher Verbindung stehendes Interesse behaupte und bescheinige; daß ihm ohne seine Einmischung aus der Fortsetzung des Rechtsstreites Nachtheil erwachsen werde. Auf Grundlage dieser Gesetzesbestimmung sei J. in dem zwischen der Rekurrentin Frau K. und B. waltenden Vindikationsstreit als Hauptintervenient aufgetreten, indem er behaupte und nachzuweisen suche, daß nicht die im Hauptprozesse als Klägerin aufgetretene Frau K. Eigenthümerin derjenigen Webstühle sei, welche sie mit ihrer Klage heraus verlange, sondern daß dieselben dem Intervenienten J. eigenthümlich angehören, weßhalb er denn auch die Verurtheilung des Beklagten B. zur Herausgabe derselben anbegehre. Aus dem Inhalt der Interventionsklage und deren Schluß ergebe sich mit aller Sicherheit und der Intervenient spreche es auch selbst mit deutlichen Worten aus, daß das Interesse, welches er am Streitgegenstand zu haben behaupte, die Klägerin im Hauptprozesse vollständig ausschließe. Nicht im gleichen Maße liege dieses am Tage bezüglich der Person des beklagten B., indem der Richter nach Lage der Akten noch nicht wissen könne, ob und in wie weit dieser das Vindikationsbegehren des Intervenienten bestreiten werde. Unter solchen Umständen wäre es angezeigt gewesen, die Interventionsklage in erster Linie gegen denjenigen zu richten, dessen Anspruch auf das Streitobjekt durch das auf dem Wege der Hauptintervention geltend gemachte Recht gänzlich

ausgeschlossen werde, d. h. gegen die Rekurrentin, deren Eigenthum an den betreffenden Posamentstühlen neben den Ansprüchen des J. nicht bestehen könne. Sei aber der letztere überzeugt gewesen, daß auch der beklagte B. sich seiner Vindikation widersetzen werde, weil dessen Ansprüche durch die des Intervenienten ganz oder theilweise ausgeschlossen würden, so hätte die Interventionsklage beide Parteien des Hauptprozesses als Beklagte belangen sollen. Aus dem Begriff und dem Zweck der Hauptinterventionsklage folge, daß diejenigen als Beklagte ins Recht gefaßt werden müssen, deren Ansprüche durch die interventionsweise geltend gemachten Interessen ausgeschlossen werden. Damit stimme denn auch die Doktrin überein, welche als Regel aufstelle, daß als Gegner des Intervenienten gewöhnlich beide bisher unter sich im Streite begriffenen Parteien auftreten.

Es frage sich daher, ob, nachdem nur B. ins Recht gefaßt worden, die Klägerin K. von jeder Theilnahme an dem vom Intervenienten angehobenen Streite ausgeschlossen sei und diese Frage müsse verneint werden. Nach Lage der Akten habe Frau K. das nächste Interesse, sich auf die Interventionsklage vernehmen zu lassen und es könne nicht der Willkür des Intervenienten anheim gestellt werden, sie durch besondere Fassung der Klage von ihrem Vertheidigungsrecht zu verdrängen. Bei dieser Sachlage müsse daher die Interventionsklage des J. der Rekurrentin K. als der zunächst Betheiligten, für sich und zu Handen des B. zur Erstattung einer Rechtsvorkehr zugestellt werden, wobei es dann den Insinuaten überlassen sei, ihre Vertheidigungsmittel gemeinsam oder gesöndert vorzutragen.

447. Als in einem Forderungsstreit der Beklagte, dem sich R. B. als Nebenintervenient angeschlossen, das Urtheil, wodurch er zur Zahlung verhalten wurde, in Rechtskraft hatte erwachsen lassen, wurde vom Nebenintervenienten gegen dasselbe die Appellation angemeldet und es entstand deßhalb die Frage, ob der Nebenintervenient berechtigt erscheine, ein Urtheil weiter zu ziehen, dem sich der Beklagte unterworfen hat.

Diese Frage mußte verneint werden. Die Nebenintervention ist nämlich nach doppelter Richtung aufzufassen, einmal mit Bezug auf die Partei, welcher sich Streitgenossen anschließen, sodann in Hinsicht auf die Gegenpartei im Prozesse. Im Betreff der letztern ist §. 37 der P.-O. maßgebend, welcher lautet: „Durch die Nebenintervention soll den Rechten der Gegenpartei kein Eintrag geschehen.“ Der Beklagte hat sich dem Urtheil unterzogen, wodurch der Kläger ein Recht erworben

und ist der fraglichen Bestimmung zufolge dem Nebenintervenienten nicht gestattet, dieses Recht vermittelst der Weitersziehung zu beeinträchtigen. U. v. 28. April 1858.

448. Sl. Guggenheim, Viehhändler von Ober-Endingen, belangte den Jakob Amsler von Denspüren um einen aus einem Tauschgeschäft herrührenden Betrag von Fr. 45. 71. Antwortlich machte Amsler geltend, daß er, als Mitschuldner des Klägers für ein Bodenzinskapital zu Gunsten der Bezirksverwaltung die Zinse pro 1847, 48 und 1849 vom ganzen Kapital mit Fr. 90 a. W., mithin für den Kläger Fr. 45 a. W. bezahlt, so daß er diesem nicht nur nichts schulde, sondern noch Fr. 13. 05 an ihm zu fordern habe.

In der Replik verneinte der Kläger, daß der Beklagte den fraglichen Zins für ihn entrichtet und stellte die Behauptung auf, er habe sein Zinsbetreffniß für das erwähnte Kapital dem Weibel Härdi in Thalheim abgegeben und dieser habe es dem Beklagten eingeliefert.

Das Bezirksgericht gestattete hierauf dem Kläger den Beweis für diese Replikbehauptung durch den Zeugen Härdi unter Vorbehalt des Erfüllungseides. Dieser Beweis ist jedoch unstatthaft, da ihm §. 173 lit. e der P.-O. entgegensteht, demzufolge Härdi als unzulässiger Zeuge verworfen werden muß. Der Umstand, daß der Kläger unterlassen, dem Härdi den Streit zu verkünden, ist nicht geeignet, die Wirksamkeit dieses gesetzlichen Verwerfungsgrundes aufzuheben. Der §. 38 der P.-O. trifft nämlich hier nicht zu. Dem Mandatsverhältniß gemäß, das zwischen dem Kläger und dem Weibel Härdi bestanden haben soll, wäre der letztere dem erstern unmittelbar verpflichtet und wenn er je wegen des übernommenen Auftrages vom Auftraggeber belangt und zur Rechenschaft gezogen würde, so geschähe es eben nur infolge des bestandenen Vertragsverhältnisses; eine daherige Klage wäre direkt aus dem Vertrage entsprungen, weder eine Klage auf Gewährleistung noch auf Schadensersatz im rechtlichen Sinne des Wortes und könnte sich Härdi, als Beauftragter, von dieser Klage mit der Einrede der unterlassenen Streitverkündung nicht befreien. U. v. 18. Juli 1855.

449. Eine Gemeinde, welche um Bezahlung von Fr. 571. 43 angegangen worden, hatte nach Zustellung der Klage dem Armenfondsverwalter den Streit verkündet, der dann die Gemeinde wirklich vertrat und den Streit durchführte. Das Bezirksgericht, welches die Klage als gerechtfertigt erachtete, verurtheilte nun den Litisdenuntiaten und Armenfondsverwalter um Bezahlung der klägerisch verlangten Summe. —

Letztinstanzlich wurde aber die Gemeinde selbst als zahlungspflichtig erklärt. Die Uebernahme des Prozesses von Seite des Litisdenuntiaten darf an dem Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und der wirklich beklagten Gemeinde (dem Armenfond) nichts ändern und den Rechten der Gegenpartei keinen Eintrag thun (§. 41 der P.-O.). Immerhin bleibt der Gemeinde das Recht gewahrt, dasjenige, was sie dem Kläger zu bezahlen pflichtig ist und wirklich bezahlt, von dem regreßpflichtigen Litisdenuntiaten sich ersetzen zu lassen. U. v. 27. Juni 1867.*

* Ueber die Folgen der Unterlassung der gesetzlich gebotenen Streitverkündung s. Nr. 254.

Viertes Hauptstück.

Von den Bevollmächtigten und Anwälten der Parteien.

---

§§. 47–60.

450. Wer im Namen eines Andern eine Rechtssache vor Gericht besorgen will, hat eine Vollmacht desselben vorzuweisen. §. 51 der P.-O. bestimmt, wie diese Vollmacht beschaffen sein müsse und fordert nebst andern Requisiten die gehörig beglaubigte Unterschrift des Vollmachtgebers. Wenn eine Vollmacht vermittelst eines Telegramms ertheilt wird, so entspricht dieselbe dieser Vorschrift der P.-O. nicht; das Telegramm ist keine öffentliche Urkunde und kann schon gemäß der Art und Weise seiner Entstehung keine Gewähr dafür bieten, daß der Aufgeber einer Depesche seinen wahren Namen angegeben.

Unmöglich kann ein Telegramm einen höhern Grad formeller Glaubwürdigkeit in Anspruch nehmen, als ein durch die Post beförderter Brief, der keine gehörig beglaubigte Unterschrift trägt und ist deßhalb die in Form eines Telegramms ausgestellte Vollmacht, wenn sie bestritten wird, nicht als gültig anzusehen. U. v. 7. Juni 1865.*

* Der formellen Erfordernisse einer Vollmacht erwähnen auch Nr. 8 und Nr. 9.

451. Der Deservitenforderung eines Anwaltes gegenüber vertheidigte sich der Beklagte u. A. damit, daß er bestritt, den Anwalt zur

Prozeßführung für ihn je bevollmächtigt zu haben. Wirklich vermochte der Anwalt keine schriftliche Vollmachtsurkunde vorzuweisen; allein er behauptete, vom Beklagten mündlich mit der Prozeßführung beauftragt worden zu sein und bot für diese Behauptung gesetzliche Beweise an. Diesem Beweisantrag widersetzte sich jedoch der Beklagte, indem er geltend machte, eine solche Beweisführung sei schon an und für sich unstatthaft, weil dadurch nie erstellt werden könnte, daß der Kläger nach Vorschrift der §§. 48 ff. der P.-O. bevollmächtigt worden sei und daß eine Vollmacht, die jenen Vorschriften nicht entspreche, auf richterlichen Schutz keinen Anspruch habe.

Diese Einwendung konnte nicht als eine begründete anerkannt werden. Jene Vorschriften über die Form der Prozeßvollmachten haben nur für das Verhältniß einer Prozeßpartei zu ihrem Prozeßgegner Bedeutung. Der Gesetzgeber wollte dadurch verhüten, daß unter den prozessirenden Parteien im Laufe des Prozesses über die Parteistellung Zweifel oder Streit entstehen könne. Gerade deßhalb ist in jenen Bestimmungen genau vorgeschrieben, wie von Anfang an die Parteistellung regulirt und durch sofort liquiden Beweis sicher gestellt werden solle. Ganz verschieden hievon ist das Verhältniß des Prozeßbevollmächtigten zu seinem Auftraggeber. Hiefür hat der Gesetzgeber keine besondern Vorschriften aufgestellt, dasselbe wird vielmehr durch die Bestimmungen des gewöhnlichen Auftragsvertrages normirt, zu dessen Abschluß bekanntlich die ganz formlos erklärte Willenseinigung der Parteien genügt. Wenn daher auch ein zum Prozeß Bevollmächtigter keine Vollmacht besitzt, wie sie von der Prozeßordnung verlangt wird, sondern nur einen mündlichen Auftrag erhalten, so ist der Vollmachtgeber nach den Grundsätzen des §. 766 des a. b. G. immerhin verpflichtet, ihn für die besorgte Geschäftsführung zu entschädigen. Nur der Gegenpartei im Prozeß stünde die Einwendung zu, daß er nicht gehörig, wie es das Gesetz verlangt, bevollmächtigt sei.

Auf diese Erwägungen gestützt hatte das Obergericht dem Kläger den Beweis über mündliche Vollmachtsertheilung als einen erheblichen zugesprochen. U. v. 10. Februar 1868.

452. Das Rechtsverhältniß, das durch die Bevollmächtigung des Anwaltes von Seite des Klienten entsteht, wird durch spezielle Bestimmungen normirt. In Betracht kommt in dieser Beziehung auch das Gesetz vom 10. Dezember 1833 über Ausübung des Advokatenberufs. Nach §. 21 dieses Gesetzes hat der Anwalt, dessen Rechnung streitig gemacht wird, dieselbe dem Bezirksgericht zur Moderation vorzulegen, vor welchem die anwaltlichen Funktionen stattgefunden. Wenn aber der Belangte nicht bloß einzelne Ansätze des Kostenverzeichnisses bemängelt,

dieses letztere nicht bloß quantitativ bestreitet, sondern die Zahlungspflicht grundsätzlich widerspricht, z. B. mit der Behauptung, daß der Anwalt zur Geschäftsbesorgung gar nicht beauftragt worden, so kann dann die Angelegenheit nicht auf dem Wege des Moderationsverfahrens erledigt werden, sondern ist der Kostenforderer auf den ordentlichen Civilrechtsweg zu verweisen. U. v. 9. Dezember 1868.

453. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein friedensrichterliches Urtheil wurde vom Bezirksgericht nicht eingetreten, weil dieselbe nicht von einem Anwalte, sondern von einem Notar verfaßt worden.

In dem erwähnten Umstand liegt jedoch für das Bezirksgericht kein Grund, eine derartige Beschwerde ungeprüft von der Hand zu weisen. So gut der Notar den Beschwerdeführer vor dem Friedensrichter vertreten konnte, eben so gut hatte er das Recht, sich gegen das friedensrichterliche Urtheil beschwerend an das Bezirksgericht zu wenden. Solche Beschwerden können nicht zu denjenigen schriftlichen Vorträgen gezählt werden, von denen in §. 13 des Gesetzes über Ausübung des Advokatenberufes und in §§. 57 und 58 der P.-O. gesprochen wird. Offenbar liegt es nicht im Willen des Gesetzes, daß diese Beschwerden nur von Anwälten verfaßt werden sollen, indem man sonst den Rechtsuchenden zu einem Kostenaufwand nöthigen würde, der den Werth des Streitgegenstandes leicht aufwiegen könnte. U. v. 12. April 1870.

Fünftes Hauptstück.

Von dem ordentlichen gerichtlichen Verfahren.

Erster Abschnitt.

Von dem Hauptverfahren.

§§. 61—65.

454. Einer angehobenen Regreßklage trat der Beklagte mit der Behauptung entgegen, es sei der der Klaganhebung vorausgegangene friedensrichterliche Vermittlungsversuch in unförmlicher Weise vor sich gegangen und speziell deßhalb als eine nichtige Verhandlung anzusehen,

weil er vorgenommen worden, ohne daß demselben die gesetzlich vorgeschriebene Betreibung vorangegangen. Auf Grundlage dieser Behauptung stellte der Beklagte, und zwar in Form einer fristlichen Einrede, das Begehren, er sei nicht gehalten, sich auf die eingereichte Klage einzulassen.

Diesem Begehren entsprach das Bezirksgericht, obergerichtlich wurde es aber aus formellen wie materiellen Motiven als grundlos erklärt. Abgesehen nämlich davon, daß der Beklagte unterlassen, den Entscheid des Gerichtspräsidenten über die Kompetenzfrage auf dem Wege des Rekurses anzufechten (§§. 61 und 62 der P.-O.), und daher das Verfahren vor dem Friedensrichter nicht mehr zum Gegenstand einer fristlichen Einrede gemacht werden konnte, erscheint der Einwurf, daß der Mangel der Betreibung die Ungültigkeit der friedensrichterlichen Verhandlung nach sich ziehe, als völlig unstichhaltig. Weder besteht eine gesetzliche Vorschrift, noch spricht die bisherige Praxis dafür, daß eine Forderung, die Gegenstand des Prozesses wird, vor Allem aus der Betreibung unterliegen muß. U. v. 15. Februar 1866.

455. Der Rechtsstreit ist von Ausstellung des friedensrichterlichen Weisungsscheines an inner 6 Monaten anzuheben. Die Verjährung von 6 Monaten wird aber nicht bloß durch Anhängigmachung der Klage, sondern schon durch ein Editionsbegehren sowie auch durch ein Kostenversicherungsbegehren (§. 390 der P.-O.) unterbrochen.

U. v. 22. September 1858.

456. Unter Hinweisung auf die §§. 61 und 62 der P.-O. wurde die Ansicht geltend gemacht, daß der Rekurs nur gegen den Kompetenzbescheid des Gerichtspräsidenten zulässig, hingegen wider dessen Entscheid über die Vorfrage, ob der Vermittlungsversuch und zwar innerhalb 6 Monaten vor Einreichung der Klage stattgefunden habe — nicht anwendbar sei, allein ohne daß diese Ansicht als eine richtige anerkannt werden konnte. Die Bestimmungen der §§. 61 und 62 der P.-O. stehen in offenbarem Zusammenhang; der zu erlassende Kompetenzbescheid folgt der Untersuchung hinsichtlich des Vermittlungsversuches nach und würde als voreilig dahin fallen, wenn sich ergebe, daß der Vermittlungsversuch nicht stattgefunden habe. Wenn nach §. 62 cit. der Rekurs über den Kompetenzbescheid als statthaft erscheint, so muß dieser in der Rekursinstanz nach allen Richtungen, also auch hinsichtlich der Frage geprüft werden können, ob die gesetzlichen Bedingungen desselben vorhanden seien, d. h. der Vermittlungsversuch vorgenommen worden.

U. v. 5. Oktober 1864.

457. Der Kompetenzbescheid des Gerichtspräsidenten im Sinne des §. 62 der P.-O. wird als Vorfrage angesehen und soll daher die Gebühr eines diesfälligen Rekurses zu Fr. 12 berechnet werden. A. IV. a des Tarifs der P.-O. U. v. 3. Okt. 1871.

458. Nachdem Jemand eine Klage auf Anerkennung der Dienstbarkeit, über einen Platz bei der Scheune und dem Stalle des Nachbars zu gehen, angehoben, hatte der Gerichtspräsident, welcher vor Anbringung der Klage das streitige Lokal besichtigt, den Kompetenzbescheid dahin erlassen: „Der Werth des in Anspruch genommenen Rechts übersteigt weder vom klägerischen noch beklagtischen Standpunkt aus die endliche Urtheilsbefugniß des Bezirksgerichtes."

Dieser Entscheid wurde als ungültig aufgehoben.

Im vorliegenden Falle kommen die Vorschriften des §. 63, lit. a und b der P.-O. zur Anwendung.

Wenn unter lit. b die Bestimmung enthalten ist, daß der Werth des Rechtes oder der Dienstbarkeit „auf oben angezeigte Weise ausgemittelt werde", so wird offenbar auf die Vorschrift unter lit. a hingewiesen, wonach die Ausmittlung oder Schätzung des Streitgegenstandes entweder vom Gerichtspräsidenten oder durch Sachverständige zu geschehen hat. Der vorwürfige Entscheid beruht nun nicht auf einer solchen gesetzlich vorgeschriebenen Schätzung des Streitobjekts, eine solche wurde weder vom Gerichtspräsidenten noch durch Sachverständige vorgenommen. Die Urkunde des Herrn Gerichtspräsidenten über den Kompetenzentscheid enthält zwar die Bemerkung, daß er diesen „nach genommener Einsicht auf Ort und Stelle" ausgefällt habe. Allein diese Bemerkung spricht nicht dafür, daß eine Schatzung stattgefunden, wie sie durch lit. b des §. 63 der P.-O. vorgeschrieben ist; es ergiebt sich nicht, daß die Werthverminderung, welche die in Anspruch genommene Servitut für die dienende Realität zur Folge hätte, ausgemittelt worden und daß eine Festsetzung des Werthes, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat, erfolgt sei; endlich ist nicht bestimmt, welches der größere dieser Werthe sei, der dann als Werth des Streitgegenstandes betrachtet werden muß. U. v. 4. Febr. 1863.

Erster Titel.

Von dem Verfahren in Streitsachen, die in der endlichen Urtheilsbefugniß des Bezirksgerichts liegen.

§§. 66—73.

459. Nach §. 66 der P.-O. hat die Verhandlung bei dem Verfahren in Streitsachen, welche in der endlichen Urtheilsbefugniß des Bezirksgerichts liegen, vor dem Gerichtspräsidenten und dem Gerichtsschreiber, als Protokollführer, statt. Das Verfahren ist ausschließlich das mündliche. Der Gerichtsschreiber nimmt die Anbringen der Parteien in ihren wesentlichen Bestandtheilen zu Protokoll und läßt dieses von denselben unterzeichnen.

In einem Falle wurde die Klage dem Beklagten in Abschrift zugestellt und derselbe gleichzeitig aufgefordert, behufs seiner Vertheidigung vor Gerichtspräsidium zu erscheinen. Den Akten ist aber zu entnehmen, daß Beklagter bei der daherigen Tagfahrt eine schriftliche Antwort abgegeben, die man als mündliches Anbringen zu den Akten genommen, ferner daß Replik und Duplik ebenfalls schriftlich erstattet worden.

Da eine solche Art der Verhandlung nach §. 66 der P.-O. schlechterdings unzulässig ist, so wurden Urtheil und Verfahren als gesetzverletzend und nichtig aufgehoben. U. v. 18. Februar 1861.

460. S. St., welcher in einer der Kompetenz des Gerichts unterliegenden Civilsache als Kläger aufzutreten gedachte, übermachte dem Gerichtspräsidium eine in drei Doppeln abgefaßte Streitverkündung, die zugleich die Klage enthielt, mit dem Ansuchen, diese Streitverkündung denjenigen, welchen gegenüber er das Recht des Rückgriffs wahren wollte, zustellen zu lassen.

Das Gerichtspräsidium eröffnete dem Litisdenuntianten, daß die schriftlich angebrachte Streitverkündung nicht zu berücksichtigen sei, da in der streitigen Sache lediglich das mündliche Verfahren zuläßig erscheine. — Offenbar benahm sich das Gerichtspräsidium im Sinne des §. 66 der P.-O., wornach alle von den Parteien zu treffenden Rechtsvorkehren, also auch die Streitverkündung, mündlich zu Protokoll gegeben werden müssen; denn unzweifelhaft ist zu den Rechtsvorkehren, für die das rein mündliche Verfahren vorgeschrieben ist, auch die Streitverkündung zu zählen, da kein Grund vorhanden ist, für diesen Theil der Verhandlung ein von der Regel völlig abweichendes Verfahren zu beobachten.

Der Litisdenuntiant beruft sich aber auf §. 73 der P.-O., der die Bestimmung enthält, daß „im Uebrigen" die Vorschriften über das Verfahren in appellablen Streitsachen auch bei Streitigkeiten zur Anwendung kommen, die vor dem Gerichtspräsidenten verhandelt werden. Der Sinn dieser Stelle ist aber offenbar der, daß die Zeugeneinvernahme, überhaupt das Beweisverfahren, Urtheilsfällung rc. nach den Regeln des schriftlichen Verfahrens stattfinden solle, da für die Anbringen der Parteien ausschließlich das mündliche Verfahren vorgeschrieben ist. U. v. 14. Dez. 1871.

Zweiter Titel.

Von dem Verfahren in Streitsachen, welche die endliche Urtheilsbefugniß des Bezirksgerichts übersteigen.

§§. 74—87.

461. In einem Civilrechtsstreit hatte der Beklagte die erste zur Erstattung der Antwort anberaumte Frist unbenützt verstreichen lassen; es war ihm deßhalb eine Ordnungsbuße von Fr. 10 auferlegt und eine zweite Frist anberaumt worden. Nachdem der Beklagte innert dieser Frist zwar ein Editionsgesuch eingereicht, aber wieder keine Antwort erstattet hatte, so entstand die Frage, ob nun gegen ihn die Folgen des zweiten Satzes des §. 78 der P.-O. eintreten, demnach auf Grundlage der vorliegenden Akten das Urtheil in der Hauptsache zu fällen sei.

Die Frage wurde verneint. Der Beklagte traf vor Ablauf der zweiten Frist eine nach der Prozeßordnung zulässige Rechtsvorkehr, indem er ein Editionsbegehren einreichte und Urkunden herausverlangte, von denen er sagte, daß sie ihm zu seiner Vertheidigung nothwendig seien. Zu diesem Begehren war der Beklagte berechtigt; nach §. 147 der P.-O. ist das Gesuch um Urkundenherausgabe vor oder bei Erstattung des Vortrages, zu dessen Beweis man sich auf die Urkunde beruft, anzubringen.

Indem der Beklagte vor Ablauf der ihm bestimmten zweiten Frist eine die Antwort vorbereitende Rechtsvorkehr erstattete, kam er der Verfügung der Prozeßdirektion rechtzeitig nach.

462. Hr. Theodor v. Hallwyl in Bern hatte am 1. Mai 1852 mit Kasp. Buchser in Schöftland einen Pachtvertrag abgeschlossen und hatten sich Hr. Joh. Bolliger, Friedensrichter von Schloßrued und Ammann Klaus von Schmidrued für den Pachtschilling als Bürgen

verpflichtet. Nachdem der Pächter fallit geworden, belangte der Verpächter die Bürgen vor dem Bezirksgericht von Kulm um Bezahlung eines restanzlichen Pachtzinsbetrages.

Die Beklagten setzten der Klage in Hinweisung auf §. 14 des Pachtvertrages, laut welchem aus diesem Rechtsverhältniß hervorgehende Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht zu erledigen seien, die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts entgegen.

Diese Einrede wurde aber als unbegründet abgewiesen. — Der §. 14 des Pachtvertrages lautet: „Sollten Streitigkeiten zwischen dem „Lehenherrn und dem Lehenmann entstehen, so sollen dieselben durch „ein Schiedsgericht, wozu jeder Theil einen Schiedsrichter erwählt, beseitigt werden &c." Diese Bestimmung spricht nur von der Erledigung von Streitigkeiten, welche zwischen dem Verpächter und dem Pächter entstehen und statuirt also eine Ausnahme von der Regel, wornach Civilforderungen vor dem gewöhnlichen Civilrichter zu verfolgen sind. Nach bekannten Rechtsregeln darf diese Ausnahme nicht ausdehnend interpretirt und somit das auf Verpächter und Pächter beschränkte Rechtsverhältniß nicht auch auf die Bürgen ausgedehnt werden.

U. v. 20. Nov. 1855.

463. Eine fristliche Einrede mit dem Begehren: Die Klage sei angebrachtermaßen abzuweisen — wurde als unstatthaft verworfen. — Soll eine Klage angebrachtermaßen zurückgewiesen werden, so setzt dies immer das Eintreten auf den Streitgegenstand selbst, die einläßliche Untersuchung des Klaginhalts voraus. Eine Abweisung angebrachtermaßen wäre z. B. dann am Orte, wenn die Klage verfrüht geltend gemacht worden; die Entscheidung, daß der Kläger einen Rechtsanspruch vor Ablauf der Frist zu dessen Geltendmachung verfolgt habe, ist aber ganz und gar einläßlicher Natur, indem sie die Prüfung des Thatbestandes des Klaganbringens nothwendig erheischt. Der Beklagte hat somit ein Begehren gestellt, welches sich nicht als Schluß einer fristlichen Einrede, sondern als logisch nothwendige Folgerung einer einläßlichen Antwort erzeigt und darf deßhalb dasselbe nicht berücksichtigt werden. (§§. 1, 91 und 278 der P.-O.) U. v. 6. Febr. 1863.

464. Als gegen ein Gesuch des Klägers um Urkundenherausgabe der Beklagte die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts angebracht, wurde vom erstern diese Einrede unter Hinweisung auf §. 84 der P.-O. als eine verfrühte bezeichnet; allein mit Unrecht.

§. 84 der P.-O. kann die Ansicht nicht rechtfertigen, daß die fragl. Einrede erst der Klage gegenüber geltend gemacht werden könne, denn

der Gesetzgeber ist dabei von dem regelmäßigen Fall ausgegangen, daß der Rechtsstreit mit Anhebung der Klage beginne. Ist dies aber nicht der Fall, sondern wird der Prozeß mit einem Editionsbegehren angehoben, so ist kein Grund vorhanden, dem Editionsbeklagten die Berechtigung abzusprechen, jetzt schon mit der Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts aufzutreten, ansonst die große Anomalie entstehen würde, daß eine Partei sich bezüglich des Editionsverfahrens vor einem Richter einlassen müßte, welcher in der Sache gar nicht kompetent ist.

U. v. 12. Juni 1863.

465. Ein Ehemann starb mit Hinterlassung einer Wittwe und minderjähriger Kinder; er besaß ein Hofgut, auf welchem viele Schulden, darunter ein aufgekündetes Kapital von Fr. 14,000, lasteten. Die Kinder, als Erben des Vaters, wurden Eigenthümer des Vermögens, deren Mutter aber kam nach §. 894 des a. b. G. die Verwaltung und Nutznießung desselben zu. Zum Zwecke der Schuldentilgung verordneten die Vormundschaftsbehörden den Verkauf eines Theils der Liegenschaften. Die Wittwe erhob Einspruch dagegen, wurde aber von der Vormundschaftsbehörde und auf ergriffenen Rekurs auch von dem Bezirksamte und dem Tit. Regierungsrathe abgewiesen und die Steigerung fand statt.

Die Wittwe rief nun zum Schutze ihrer Verwaltungs- und Nutznießungsrechte den Civilrichter an, und schloß in ihrer Klage auf Ungültigkeitserklärung des Verkaufes; dagegen erhoben die Kinder die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Civilrichters, auf die Thatsache gestützt, daß ihre Mutter selbst die Vormundschaftsbehörden angerufen habe, diese aber sie mit ihrem Einspruche gegen den Verkauf abgewiesen hätten. Das Bezirksgericht verwarf die Einrede und zwar mit Recht.

Im Falle macht die Wittwe in der Eigenschaft als Nutznießerin des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes ihre Rechte gegenüber den Kindern, den Eigenthümern des Vermögens geltend; es colliren Rechte des Nutznießers und des Eigenthümers; der Anspruch der Wittwe ist daher rein civilrechtlicher Natur und stützt sich auf §. 894 des a. b. G. Der Entscheid darüber fällt nach §. 15 der P.-O. unzweifelhaft dem Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu. Diesen Standpunkt vermögen die Beschwerden, welche die Wittwe bei den Vormundschaftsbehörden erhoben, nicht zu alteriren. Die Einrede der Kinder, daß die Frage bezüglich des Verkaufes der Liegenschaften bereits von der Vormundschaftsbehörde entschieden sei, ist einläßlicher Natur, indem damit der Klageanspruch als bereits beurtheilt dargestellt werden

will und bildet demnach im Sinne des §. 88 der P.-O. einen einläßlichen Vertheidigungsgrund, der später zu würdigen sein wird.

U. v. 10. August 1864.

466. David Finsterwald und Genossen von Stilli, als Flößer auf der Reuß und Aare, belangten die Firma Heinrich Kunz in Windisch mit einer Entschädigungsklage und stützten dieselbe wesentlich darauf, daß bei den Wasserbauten, welche die Beklagte bei der Fabrik in Windisch errichtet, die an die Konzession vom Jahr 1861 geknüpften Bedingungen nicht innegehalten worden, daß durch die Nichterfüllung dieser Bedingungen die Flußschifffahrt auf der Reuß beeinträchtigt und erschwert, die Durchfahrt ein lebensgefährliches Wagniß geworden und daß ihnen hiedurch Schaden verursacht werde.

Der Klage, in der für einmal bloß für 1865 Schadensersatz verlangt wurde, setzte die Beklagte die fristliche Einrede entgegen, daß es sich hier nicht um eine bürgerliche Rechtssache handle, daß, sowie bei Ertheilung der Konzession selbst nur der Staat, resp. der Regierungsrath kompetent gehandelt habe, es auch nur bei dem letztern, als der Administrativ- und Oberpolizeibehörde stehen könne, über die Ansprüche der Kläger zu entscheiden.

Die Ansicht der beklagten Partei erzeigt sich jedoch nicht als eine richtige. Aus der Thatsache, daß nur der Regierungsrath zur Ertheilung der Konzession gesetzlich ermächtigt ist, folgt nicht, daß derselbe auch über Ansprüche Dritter, welche sich durch spätere Handlungen der Konzessionäre an ihren Rechten verletzt erachten, als Richter zu entscheiden habe. Es handelt sich im Falle um vermeintliche Benachtheiligung der Kläger in der Ausübung ihres Gewerbs als Flößer auf Reuß und Aare durch konzessionswidrige Uebergriffe der beklagten Partei. Kein Gesetz erklärt, daß Entschädigungsansprüche Dritter gegen die Konzessionäre des Staates dem ordentlichen Gerichtsstande entzogen und in die Kompetenz des Regierungsrathes gelegt seien und hat deßhalb über diese Civilansprüche einzig der Civilrichter zu entscheiden.

U. v. 5. Febr. 1867.

467. Als J. A. B. gegen seine Familienangehörigen — Söhne, Töchter und Schwiegersöhne — eine Civilklage erhoben, traten sie dieser letztern mit den fristlichen Einreden der Unfähigkeit desselben, vor Gericht zu treten und der mangelnden Vollmacht entgegen und zwar gestützt auf eine mit ihm, dem Kläger, getroffene Uebereinkunft, welche dahin lautet: „J. A. B. besorgt die freie Verwaltung und Benutzung des Vermögens,

darf aber ohne Einwilligung der Familie keine Güter verpfänden, verkaufen und keine Prozesse als Kläger beginnen."

Die Beklagten hielten dafür, daß in den letztern Worten die Begründung der beiden Einreden gelegen sei. Allein diese Auffassung muß als eine irrige angesehen werden. Die in §. 86 der P.-O. erwähnte Einrede der Unfähigkeit der Gegenpartei vor Gericht zu treten, bezieht sich auf die absolute, im Gesetze begründete Beschränkung gewisser Personen, z. B. Minderjähriger und Bevormundeter. Allein die dem Kläger gewordene vertragsmäßige Beschränkung zieht nicht die absolute Unfähigkeit, vor Gericht zu treten, nach sich; ebenso wenig kann ihm der Vorwurf gemacht werden, es mangle ihm die Vollmacht seiner Familienglieder, da er nicht in ihrem, sondern in eigenem Namen vor den Richter tritt. U. v. 23. Okt 1861.

468. Die in einem Civilstreit gegen den Klagetheil erhobene fristliche Einrede der mangelnden Vollmacht hatte derselbe als begründet anerkannt, mit der schriftlichen Rechtsvorkehr aber, in welcher er diese Anerkennung ausgesprochen, eine Vollmacht eingereicht und hierauf bei der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertheidigt, daß der Beklagte, da der Grund der Einrede weggefallen, sich nunmehr auf die Klage einzulassen habe.

Diese Ansicht ist aber nicht begründet. Der Beklagte hat zur Zeit, als er die Einrede erhob, die Einlassung auf die Klage mit Grund bestritten und konnte er, da die nachträglich eingereichte Vollmacht nicht zurückwirkte, nicht verhalten werden, auf die Beantwortung einer Klage einzutreten, die ohne Bevollmächtigung anhängig gemacht worden. Die Grundlage zur Verhandlung und Beurtheilung der fristlichen Einrede bildete die Klage in Verbindung mit der letztern und war es dem Kläger nicht gestattet, diese Grundlage durch nachträgliche Einreichung der Vollmacht, die mit der Klage selbst hätte verurkundet werden sollen (§. 80 der P.-O.), zu alteriren. U. v. 11. November 1857.

469. Ein Vormund, welcher Namens der unter seinem Schutze befindlichen Beklagten wiederholt zur Erstattung einer Rechtsvorkehr auf eine gegen dieselben anhängig gemachte Klage aufgefordert worden, übermachte am letzten Tage der offenen Frist dem Gerichtspräsidium eine in Schrift verfaßte Antwort. Der Klagetheil stellte hierauf das Begehren, daß die Einreichung der Antwort im rechtlichen Sinne als nicht geschehen zu betrachten und daher auf Grundlage der Klage und ihrer Beilagen das Urtheil zu fällen sei, weil der Vormund bei Abgabe der Antwort noch nicht im Besitze der waisenamt-

lichen Autorisation gewesen und sich daher ohne eine solche nach §. 332 des a. b. G. nicht in den Rechtsstreit habe einlassen können.

Die waisenamtliche Autorisation gilt für den Vormund offenbar als Vollmacht zur Prozeßführung, §. 56 litt. c. der P.=O. Hieraus muß gefolgert werden, daß, wenn der Vormund eine gerichtliche Vorkehr trifft, ohne hiezu von der Waisenbehörde ermächtigt zu sein, seine Gegenpartei ihm nur die fristliche Einrede der mangelnden Vollmacht entgegensetzen, d. h. mehr nicht verlangen kann, als daß sie für einmal von der Pflicht zur Einlassung auf die Rechtsvorkehr befreit werde, bis und so lange die gesetzliche Prozeßvollmacht beigebracht worden (§. 86 litt. c. der P.=O.). U. v. 9. Mai 1866.

470. Jakob Bossard von Bendlikon, Kantons Zürich, erhob gegen Heinrich Götschi in Aarau eine Forderungsklage, worauf der letztere von ersterm die Versicherung der Prozeßkosten anbegehrt. Der Kläger hatte, ohne die Kostenversicherungspflicht zu bestreiten, den Wunsch geäußert: Es möchte der Richter für den Fall, daß er die Versicherung durch Deposition von Baarschaft leisten würde, die Kautionssumme von Amtswegen festsetzen. Unter Bezugnahme auf §. 395 der P.=O. wies der Hr. Gerichtspräsident dieses Gesuch von der Hand, forderte dagegen den Kläger auf, binnen 8 Tagen die Kostenversicherung zu leisten oder die geeignete Rechtsvorkehr zu treffen.

Infolge des vom Kläger gegen diese Präsidialverfügung angemeldeten Rekurses wurde dieselbe mit Bezug auf ihren zweiten Theil als nicht gerechtfertigt aufgehoben.

Das Kostenversicherungsbegehren ist nach §. 86 der P.=O. eine fristliche Einrede, die, wenn sie vom Richter als begründet erfunden, oder vom Gegner als begründet anerkannt wird, nach §. 87 den Beklagten von der Pflicht der Einlassung auf die Klage so lange befreit, bis die Kostenversicherung geleistet ist. Es bleibt daher für einmal der Rechtsstreit ruhen, eine weitere unmittelbare Folge der anerkannten Kostenversicherungspflicht besteht vor der Hand nicht und wenn der Herr Präsident von Amtswegen und ohne Veranlassung des Beklagten dem Kläger einen Termin von 8 Tagen zur Kostenversicherung festsetzt oder ihn verpflichtet, eine anderweitige Rechtsvorkehr zu treffen, so überschreitet dieser Bescheid die Grenzen der bloßen Prozeßleitung.

U. v. 20. Juni 1857.

§§. 88—103.

171. Nachdem ein Ehemann vermittelst der Klage Trennung der Ehe anbegehrt, wurde von der Ehefrau dieselbe bestritten, zugleich aber eine Widerklage eingereicht, mit dem Schlusse: Im Falle eine gänzliche oder zeitliche Ehescheidung ausgesprochen würde, sei der Ehemann als der schuldige Theil zu erklären, das aus der Ehe hervorgegangene Kind sei dann der Mutter zur Erziehung zu überlassen, der Vater sei zu verhalten, ihr einen angemessenen Beitrag an die Kosten der Unterhaltung zu bezahlen und seiner Frau eine vom Richter zu bestimmende Entschädigung auszurichten. Diese Widerklage wurde als eine unstatthafte, weil gesetzwidrige, Rechtsvorkehr angefochten, mit dem Anbringen, daß sie kein selbstständiges Begehren enthalte, weder auf gänzliche noch zeitweise Trennung gerichtet sei und nur eventuell auf den Fall des Zuspruches des Klagschlusses einen Zweck verfolge.

Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß die im Schlusse der Widerklage enthaltenen Begehren auch auf dem Wege der einläßlichen Vertheidigung auf die Klage, durch die Erörterungen der Antwort und die derselben etwa beigefügten Einredebeweise hätten verwirklichet werden können und daß die Beklagte, um ihren Zweck zu erreichen, keiner Widerklage bedurft hätte.

Es entspricht aber diese Widerklage auch keineswegs dem rechtlichen Begriff einer solchen. Gemäß der Natur der Sache und der positiven Vorschrift des §. 89 der P.-O. ist die Widerklage einer andern Klage gleich zu stellen und wie diese zu behandeln. Ein bloß eventuelles, vom Schicksal einer andern Klage abhängiges und dadurch bedingtes Begehren — wie dasjenige der vorliegenden Widerklage — kann nicht als ein dem ordentlichen Civilverfahren entsprechendes Klagpetitum angesehen werden, welches doch immer einen bestimmten selbstständigen Rechtsanspruch zum Gegenstande haben muß. Wenn der Schluß einer jeden Ehescheidungsklage auf gänzliche oder zeitliche Trennung der Ehe gerichtet sein soll, so wird naturgemäß eine Widerklage in Ehescheidungsangelegenheiten wesentlich den gleichen Zweck zu verfolgen haben, während die vorliegende Widerklage theils Urtheilsmotive bezweckt, theils accessorische Begehren enthält, die nach dem Ausgange des Hauptstreites, wie schon bemerkt, auch ohne Widerklage zur Erörterung und Entscheidung gekommen sein würden. U. v. 21. Jenner 1861.*

* Ein diesem Erkenntniß gleichlautender Entscheid wurde ausgefällt unterm 4. Juni 1870. Der beklagte Theil beabsichtigte eine Widerklage zu führen, seine diesen Titel tragende Rechtsvorkehr schloß er mit dem Be-

gehren: Der Klagetheil, die Ehefrau, sei als der schuldige Theil zu erklären und diese wolle verurtheilt werden, ihr Vermögen dem Beklagten theils zur Nutznießung, theils als Eigenthum zu überlassen. — Auch in diesem Begehren konnte nicht das Wesen einer Widerklage erblickt werden, mit der ein selbstständiger Rechtsanspruch, die Trennung der Ehe, bezweckt werden soll.

472. Bei der unterm 23. Oktober 1854 im Geldstag der Brüder Joseph Anton und Goar Stökli von Muri-Egg stattgehabten gerichtlichen Verhandlung hatten die Gläubiger das Begehren gestellt, daß Magdalena Stökli, Schwester der Geldstager, welche sich im Besitze des gemeinschaftlichen Nachlasses der Mutter befand, entweder diesen Nachlaß in Soll und Haben übernehme, oder denselben in die Geldstagsmasse einwerfe und daß zur Abgabe einer diesfälligen Erklärung die M. Stökli mit ihrem Beistande vor Gericht zitirt werde. Die Ladung geschah auf den 30. Oktober, an welchem Tage jedoch einzig Magdalena Stökli, nicht aber auch ihr Beistand erschien. Hierauf wurde neuerlich Tag angesetzt auf den 6. Wintermonat; als dann der Vorladung auf diesen Tag weder die M. Stökli noch ihr Beistand Folge gegeben, wurde gegen dieselbe ein Ungehorsamsurtheil ausgefällt und den erwähnten Geldstagsgläubigern ihr Begehren zugesprochen.

Dieses Erkenntniß wurde als ein gesetzlich nicht begründetes aufgehoben, indem man fand: Der 2. Satz des §. 101 der P.-O., welcher die Zulässigkeit der Contumazirung von einem zweimaligen Nichterscheinen abhängig mache, passe nicht auf den gegenwärtigen Fall, indem die M. Stökli am 30. Oktober vor Bezirksgericht eingetroffen und deßhalb, wenn auch ihr Beistand ausgeblieben und sie nicht gehörig vertreten gewesen, nicht angenommen werden dürfe, daß sie damals gar nicht erschienen sei. Es wäre daher auf das wirklich erstmalige Ausbleiben der Magdalena Stökli Aufgabe der Prozeßleitung gewesen, die Nichterschienene nochmals vorzuladen. U. v. 16. Februar 1855.

473. Am 29. Dezember 1857 wurde in einer der bezirksgerichtlichen Urtheilsbefugniß unterliegenden Streitsache vom Klagetheil die Reform erklärt und die Zustellung der Reformerklärung an den Beklagten am 31. Dezember darauf vorgenommen. Am 29. Jenner 1858 hatte dann der Kläger die neue Rechtsvorkehr eingelegt, welche aber vom Bezirksgericht als verspätet angesehen wurde.

§. 107 der P.-O. setzt fest, daß wenn der Kläger die Reform über die Klage oder der Beklagte über die Vertheidigung erklärt, jener die neue Klage, dieser die neue Vertheidigung binnen 30 Tagen beim Gerichtspräsidenten einzureichen habe. Würde nun diese Frist von 30 Tagen

mit dem 30. Dezember ihren Anfang genommen haben, so hätte dieselbe mit dem 28. Jenner darauf ihr Ende erreicht und auf die erst am 29. Jenner angereichte klägerische Rechtsvorkehr wäre das Lemma 2 des §. 107 der P.-O. anzuwenden. Offenbar aber kann diese Frist erst mit dem Zeitpunkte der Eröffnung der Anzeige der Reformerklärung an den Gegner beginnen. Der §. 104 der P.-O. lautet nämlich: „Eine Partei kann, so lange in einem Rechtsstreit noch kein Beweis- oder Endurtheil ausgefällt worden, die Reform erklären, d. h. dem Gegner anzeigen, daß sie ihre bisherige Streitverhandlung durch eine neue ersetzen wolle." Der klare Wortlaut dieser Vorschrift ist maßgebend. Zufolge derselben besteht die Reformerklärung in der Anzeige einer Partei an ihren Gegner, daß am Platze ihrer bisherigen Streitverhandlung eine neue stattfinden solle. Am Falle geschah diese Anzeige am 31. Dezember; erst mit dem darauf folgenden Tage, also mit 1. Jenner, begann die erwähnte 30tägige Frist und erreichte ihr Ende mit dem 30. des gleichen Monats, so daß die am 29. Jenner getroffene Rechtsvorkehr noch als rechtzeitig angebracht zu betrachten ist. U. v. 26. Mai 1859.

474. Als der Beklagte die Reform erklärt, übergab er zwei Tage vor Ablauf der 14tägigen Frist, innerhalb welcher dem Kläger die ihm erwachsenen Kosten zu ersetzen waren, diese Kosten dem Gerichtspräsidium mit dem Gesuche, dieselben dem Kläger einzuhändigen. Das Gerichtspräsidium wies weder das Gesuch, noch das Geld zurück, sondern ließ letzteres an den Kläger gelangen. Das Gerichtspräsidium anerbot aber dem Kläger das Geld einen Tag nach Ablauf der diesfälligen Frist, weßhalb dieser die Annahme verweigerte und vor Bezirksgericht das Begehren stellte: Es sei zu erkennen, daß der auf die Nichtbeobachtung der Vorschrift des §. 106 der P.-O. angedrohte Rechtsnachtheil den Beklagten treffe, somit anzusehen sei, als ob der Beklagte dem Klagschluß sich unterworfen und den Abstand vom Prozesse erklärt habe.

Wenn die Mittheilung der dem Reformerklärenden nach §. 106 der P.-O. obliegenden Sicherheitsleistung nach der Natur der Sache gleich einer andern gewöhnlichen Rechtsvorkehr durch Vermittlung des Präsidenten stattfindet, so durfte die beklagte Partei wohl annehmen, daß dieses auch der Fall sei in Bezug auf die Kostenbezahlung, welche in §. 106 ganz gleich behandelt wird, wie die Kostenversicherung; sie durfte annehmen, es sei ihr gestattet, auf offiziellem Wege die Kostenzahlung, gleich der Sicherheitsleistung, zu bewerkstelligen. Der Gerichtspräsident aber war, wenn nicht verpflichtet, doch gewiß berechtigt, die Abgabe des ihm bezahlten Betrages zu besorgen; dieses that er auch,

er nahm das Geld in nützlicher Frist in Empfang und wollte es ohne Widerrede dem Kläger übergeben; freilich geschah letzteres zu spät, gleichviel aus welchen Gründen. Unter dem eingetretenen Zufall, den der Beklagte nicht verschuldet, darf nun sein Recht nicht zu Grunde gehen; er legte unzweideutig den Willen an den Tag, dem Gesetze zu genügen und zahlte zur rechten Zeit an den die Verhandlungen der Parteien vermittelnden Beamten und war nicht nur in seiner Ansicht, am rechten Orte bezahlt zu haben, amtlich bestärkt, sondern zudem in die Unmöglichkeit versetzt, direkt an den Gegner zu bezahlen. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn der Präsident, statt den Betrag zu behalten, denselben sofort zurückgesandt hätte, der Beklagte aber wegen inzwischen eingetretenen Ablaufs der Frist außer Standes gewesen wäre, noch rechtzeitig und gültig an den Gegner Zahlung zu leisten.

U. v. 1. Februar 1862.

475. In einem Forderungsstreite hatte die beklagte Partei unterm 16. Oktober 1867 bezüglich der von ihr erstatteten Antwort die Reform erklärt. Am 12. November gleichen Jahres erwirkte sie vom Gerichtspräsidium eine Verfügung, in der gesagt worden, daß die dreißigtägige Frist für Einreichung der neuen Antwort vom 29. Oktober zu laufen beginne und reichte hierauf am 26. November, also innerhalb 30 Tagen von letzterem Zeitpunkte, ihre Antwort ein.

Die Klagpartei trat jedoch der Weiterführung des Rechtsstreites mit der Bemerkung entgegen, daß die im §. 107 der P.=O. vorgeschriebene Frist für Einreichung der neuen Antwort außer Acht gelassen worden und deßhalb der Klagschluß zugesprochen werden müsse.

Die klägerische Ansicht entspricht den zutreffenden Gesetzesvorschriften Der §. 107 der P.=O. besagt: „Erklärt der Kläger die Reform über die Klage oder der Beklagte über die Vertheidigung (§§. 74 und 75), so hat jener die neue Klage, dieser die neue Vertheidigung binnen 30 Tagen bei dem Gerichtspräsidenten einzureichen. Die Versäumung dieser Frist wird als Abstand vom Prozesse angesehen." Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß die im §. 107 der P.=O. angeführte Frist zu den gesetzlichen Fristen gehört, also vom Richter nicht willkürlich erstreckt werden kann und es konnte sich daher nur fragen, von welchem Zeitpunkte dieselbe zu laufen anfange. Es muß nun angenommen werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die dreißigtägige Frist für Einreichung der Antwort von dem Tage der Reformerklärung an ihren Anfang nehme. Da letztere am 16. Oktober stattfand, so war die gesetzliche Frist mit dem 15. November zu Ende gegangen und die am 26. November eingereichte neue Antwort verspätet.

U. v. 6. November 1868.

476. In §. 107 der P.=O. ist nicht ausdrücklich gesagt, von welchem Tage an die 30tägige Frist zu laufen beginne; allein gerade daraus folgt und läßt sich dem Gesetze nicht wohl eine andere Deutung geben, als daß die Frist von der Reformerklärung an anfange.

Erstinstanzlich wurde die Anschauung geltend gemacht, daß diese Frist erst von dem Zeitpunkt an zu laufen beginne, in welchem festgestellt sei, daß die abgegebene Reformerklärung zu Recht bestehe. Diese Ansicht ist jedoch weder mit dem Buchstaben des Gesetzes noch dem Zwecke desselben vereinbar. Die Reformerklärung steht jeder Partei als ein prozessualisches Recht zu, welches nicht von der Zustimmung der Gegenpartei abhängt. Es kann also unter dieser Voraussetzung die Frage gar nicht entstehen, ob eine Reformerklärung eine zulässige sei, sondern ihre Wirkung beginnt sofort mit deren Abgabe. Den gesetzlichen Bestimmungen über die Reformerklärung (§§. 104—112) muß entnommen werden, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, Zwischenstreitigkeiten über derartige Fragen entstehen zu lassen.

U. v. 24. August 1869.

477. In einem Forderungsstreit begehrte der Beklagte an der zur Schlußverhandlung angesetzten Tagfahrt die Sistirung des Hauptgeschäftes gestützt darauf, daß seit der Einlage der Duplik der waltende Streit zwischen ihm und dem Kläger durch förmlichen Vergleich erledigt worden sei, wofür er den Beweis durch Zeugen und Erfüllungseid beantragte. Er berief sich zur Begründung seines Begehrens namentlich auf §. 115 der P.=O., welcher lautet: „Entstehen im Verlauf des Streites Zwischen= oder Nebenfragen, so sollen sie mündlich verhandelt und wenn immer möglich in einer, jedenfalls aber bei der zweiten Tagfahrt zu Ende geführt und beurtheilt werden." Der Kläger bestritt dieses Ansinnen und zwar gestützt auf den §. 86 der P.O., welcher die fristlichen Einreden aufzähle, die in einem besondern Verfahren zu erörtern und zu beurtheilen seien, worunter aber das Sistirungsbegehren wegen geschlossenem Vergleiche nicht enthalten sei. Er glaubte sich daher zu dem Schlusse berechtigt, daß die verlangte Sistirung überhaupt nicht zulässig erscheine.

Dieser Ansicht trat nun aber vor Allem die Betrachtung entgegen, daß nach derselben von einer Sistirung des Hauptstreites überall keine Rede sein könnte, wenn es sich nicht um eine der in §. 86 namentlich aufgeführten fristlichen Einreden handeln würde, während die Praxis eine Menge von Fällen aufweist, in welchen die Sistirung aus andern Rechtsgründen angestrebt wird. Die Einrede der verglichenen Sache ist zudem nicht eine fristliche im Sinne des §. 86, sondern — insofern der Beweis

hiefür geleistet werden kann — eine peremptorische, zerstörliche resp. prozeßhindernde Einrede, weil in diesem Falle die Klage als dahingefallen betrachtet werden müßte. Wo das Streitobjekt nicht mehr besteht, da ist auch kein Rechtsstreit unter den Parteien mehr gedenkbar. Die Sistirung ist daher schon von dem allgemeinen Standpunkt der Zweckmäßigkeit und Logik aus begründet. Aber auch das Prozeßgesetz schließt die Sistirung nicht aus, wie dies aus §. 115 der P.-O. erhellt, woselbst Zwischenstreitigkeiten vorgesehen werden. U. v. 19. Okt. 1870.*

* In gleichem Sinne wurde schon unterm 13. März 1868 geurtheilt.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Beweisverfahren und den Beweismitteln.

§§. 118—124.

478. Wird in einer in der Urtheilsbefugniß des Bezirksgerichts befindlichen Rechtssache den Bestimmungen der §§. 118 und 119 nicht nachgelebt, d. h. nach dem Schlusse der Hauptverhandlung nicht auf den erforderlichen Beweis erkennt, so leidet das Urtheil an offenbarer Gesetzesverletzung und hat die Nichtigkeitsbeschwerde dessen Aufhebung zur Folge. Vgl. Nr. 380.

479. In einem Forderungsstreite wurde zur Erstellung der Aechtheit der Unterschrift auf einem Aktenstück dem Beweisführer der Beweis durch Zeugen, sowie durch das Mittel der Schriftvergleichung durch Sachverständige zugesprochen. Als der Zeugenbeweis mißlungen, verlangte der Beweisführer die Anordnung des Beweises durch Schriftvergleichung. Dieses Begehren wurde von der Gegnerpartei bestritten mit der Einwendung, daß der Beweis jetzt nicht mehr statthaft erscheine, da er nach §. 119 der P.-O. gleichzeitig mit dem Zeugenbeweis hätte angetreten und durchgeführt werden sollen.

Nachdem es sich erzeigt, daß ein Vorwurf hinsichtlich des Antritts des Beweises keine Berechtigung habe, fand in Ansehung der Durchführung desselben folgende Erwägung statt: Nach §. 124 der P.-O. stehe dem Beweisführer frei, zur Erwahrung der nämlichen Thatsache sich mehrerer Beweismittel zugleich zu bedienen, nur dürfe zum Beweise einer Thatsache nicht gleichzeitig auf den Haupteid und auf andere Beweismittel erkannt werden. Im Falle habe sich der Beweisführer wirklich für die nämliche Thatsache (die Aechtheit fraglicher Unterschrift) zweier Beweismittel und zwar des Zeugenbeweises und der Schrift-

vergleichung bedient. Nun laute das letzte Lemma des §. 119 der P.-O.: „Werden einer Partei mehrere Beweise zuerkannt, so sind dieselben, sofern nicht einer vom andern abhängt, gleichzeitig, im entgegengesetzten Fall aber nach der im Beweiserkenntniß bezeichneten Reihenfolge anzutreten." Eine Reihenfolge bezeichne das Beweiserkenntniß nicht. Das hindere aber nicht, daß die gestatteten Beweise je nach Erforderniß nacheinander geführt werden können, wenn nur deren gleichzeitige Antretung stattgefunden. Es liege dies in der Natur der Sache, weil z. B. der Beweis durch Schriftvergleichung nicht mehr nothwendig sei, wenn der Zeugenbeweis gelinge.

U. v. 18. Jenner 1855.

480. Zum Beweise der Einrede der Zahlung berief sich ein Forderungsbeklagter auf den verneinenden Haupteid der Gegenpartei und auf ein angeblich vom Vertreter der letztern abgelegtes außergerichtliches Geständniß. Das erstere Beweismittel wurde vom Bezirksgericht zugelassen, das letztere hingegen verworfen und es war nun in der Berufungsinstanz zu untersuchen, ob neben dem verneinenden Haupteid auch noch auf den vom Beklagten angetragenen Zeugenbeweis zu erkennen sei, wodurch das außergerichtliche Geständniß bewiesen werden wollte.

In materieller Hinsicht war kein Grund vorhanden, den Beweis des außergerichtlichen Geständnisses als unerheblich zu verwerfen. Dagegen steht der Zulässigkeit dieses Beweises die Vorschrift des §. 124 der P.-O. entgegen. Hienach ist dem Beweisführer zwar freigegeben, zur Erwahrung der nämlichen Thatsache sich mehrerer Beweismittel zugleich zu bedienen, dagegen darf der Richter zum Beweise einer Thatsache nicht gleichzeitig auf den Haupteid und auf andere Beweismittel erkennen. Auf den ersten Blick scheinen zwar die beiden vom Beklagten angestrebten Beweise nicht auf die gleiche Thatsache zu gehen, indem der verneinende Haupteid der Gegenpartei auf die Zahlung direkte abzielt, während der Zeugenbeweis nur eine Aeußerung des Vertreters der Gegenpartei über die Zahlung zum Gegenstande hat. Allein prozessualisch betrachtet liegt beiden Beweisen eine und dieselbe Thatsache zu Grunde; denn in §. 123 ist das Geständniß als Beweismittel aufgeführt und soll daher die Zahlung durch das Beweismittel des Geständnisses und des negativen Haupteides erstellt werden, eine Cumulirung von Beweisen, welche gesetzlich nicht zulässig ist.

U. v. 6. Mai 1867.

Erster Titel.

Von dem Beweise durch das Geständniß.

§§. 125—129.

481. Ein außergerichtliches Geständniß muß, wenn ihm rechtliche Bedeutung zukommen soll, durch unzweideutige Worte und in der Absicht abgelegt werden, die betreffende Thatsache außer Zweifel zu setzen. §. 126 der P.-O. Vgl. No. 106.

482. Nach Mitgabe von §. 129 der P.-O. dürfen Beschränkungen und Zusätze, welche eine Partei ihrem Geständnisse beigefügt, von demselben nicht getrennt werden, außer wenn sie die Bedeutung einer Einrede (Schutzbehauptung) haben. — Vgl. No. 285.

Zweiter Titel.

Von dem Beweise durch Urkunden.

§§. 130—132.

483. Ein Gemeindeammann beglaubigte die in einem Schuldschein enthaltene Unterschrift als ächt, ohne daß dieselbe in seiner Gegenwart der Schuldurkunde beigesetzt worden. Der Gemeindeammann beurkundete also in amtlicher Stellung eine Thatsache, von der er nicht aus eigener Wahrnehmung Kenntniß besessen und die ohne seine persönliche Theilnahme und ohne sein Beisein ihre Vollendung erhalten. Der fraglichen Beglaubigung kommt daher die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde nicht zu, denn zur Rechtsbeständigkeit einer solchen ist wesentlich erforderlich, daß sie über einen unter der Autorität des betreffenden Beamten entstandenen Thatbestand errichtet worden.

Der Gemeindeammann brachte an, daß er, nachdem ihm die Schuldurkunde von einer Tochter des Schuldners zur Legalisation überbracht worden, der Unterschrift des letztern nicht getraut, weil ihm bekannt gewesen, daß der erwähnte Schuldner nicht recht schreiben könne und daß er daher dessen persönliche Anerkennung verlangt und auch erhalten habe. Die in Frage stehende Urkunde, resp. Beglaubigung wurde aber nicht über die Thatsache der Anerkennung, sondern direkte über die Aechtheit der Unterschrift, somit über einen andern und weiter gehenden, dem Gemeindeammann in Wahrheit fremden Thatbestand errichtet, ab-

gesehen davon, daß der Ammann über die Anerkennung jedenfalls nur ein Zeugniß oder eine referirende Bescheinigung hätte abgeben können. U. v. 16. November 1861.

484. Gegen eine Gemeinde wurde auf Rückzahlung eines gemachten Darlehens geklagt gestützt auf eine Schuldurkunde, welche „im Namen des Gemeinderathes" und mit der ausdrücklichen Bemerkung, „in Folge Ermächtigung der Gemeinde" vom Gemeindeammann und Gemeindeschreiber unterschrieben und mit dem Gemeindrathssiegel versehen war.

Von Seite der beklagten Gemeinde wurde das Zustandekommen des Darleihens verneint und namentlich in Abrede gestellt, daß die Gemeinde den Gemeinderath zur Kontrahirung der diesfälligen Schuld ermächtigt habe. Wirklich konnte aus dem Gemeindsprotokoll nicht nachgewiesen werden, daß eine dahin gehende Schlußnahme von der Gemeinde gefaßt worden wäre. Allein der Beweis der dem Gemeinderath von der Gemeinde ertheilten Vollmacht liegt für die Klagpartei in der Schuldurkunde selbst, indem darin vom Gemeindeammann und Gemeindeschreiber in amtlicher Stellung bezeugt worden, daß die Ortschaft den Gemeinderath zur Kontrahirung des Anleihens ermächtigt habe. Jedermann ist daher censirt, diesem Aktenstück als einer öffentlichen, in der Sphäre amtlicher Wirksamkeit ausgestellten Urkunde vollen Glauben beizumessen, bis dieselbe auf dem Untersuchungsweg entkräftet wird.

Es wurde daher ohneanders der Klagpartei der Klagschluß zugesprochen, jedoch der Gemeinde der Rückgriff auf den Gemeinderath vorbehalten — für den Fall, daß sie den Nachweis leisten kann, daß sie ihm keine Ermächtigung zur Kontrahirung des Darlehens ertheilt habe. U. v. 8. Februar 1867.

---

§§. 133—137.

485. Als der Schuldner eines Betrages von Fr. 1600 dem Gläubiger Bezahlung anerbot, wollte dieser letztere ihm eine Quittung einhändigen, in welcher der Empfang der Fr. 1600 unbedingt ausgesprochen, dagegen mit Bezug auf Fr. 245, welche er, der Gläubiger, überdies noch ansprach, das Forderungsrecht vorbehalten war.

Der Schuldner, welcher den Anspruch, der bezüglich der Fr. 245 erhoben wurde, nicht anerkannte, weigerte sich, gegenüber der mit jenem Vorbehalt versehenen Quittung dem Gläubiger die Fr. 1600 zu übergeben, indem er die Zahlung dieser Summe von der Voraussetzung ab-

hängig machte, daß ihm eine vorbehaltslose und unbedingte Quittung ausgestellt werde.

Als hierauf der Gläubiger den Schuldner vermittelst der Klage um Bezahlung belangte, entstand die Frage, ob der letztere dadurch, daß ihm der erstere keine unbedingte, sondern bloß eine solche Quittung ausstellen wollte, in welcher sein vermeintlicher Anspruch auf weitere Fr. 254 (eine angebliche Restanz eines schon früher fällig gewordenen Guthabens) vorbehalten war, das Recht erlangte, die Zahlung zu verweigern, oder mit derselben zurückzuhalten.

Was nun diese Frage anbetrifft, so mußte die rechtliche Natur des erwähnten Vorbehalts einer Prüfung unterzogen werden. Eine Quittung, wie die in Rede stehende, ist eine Privaturkunde. Als solche beweist sie nicht für, sondern bloß gegen den, der sie ausgestellt und unterzeichnet hat. §. 133 der P.-O. Der Inhalt einer solchen Urkunde kann nicht als Grund irgend eines Rechtes für den Aussteller gelten und brachte daher die Annahme einer derartigen Quittung weder Nachtheil noch Gefahr für den Beklagten; der letztere war sonach gehalten, gegen Anbietung der mit diesem Vorbehalt versehenen, für die Entrichtung der Fr. 1600 jedoch unbedingt lautenden Quittung Zahlung zu leisten, da die Quittung die Merkmale eines Empfangscheines für denjenigen Betrag, den der Beklagte bezahlen wollte, an sich trägt.

Freilich ist nicht zu verkennen, daß auch des Klägers Rechte nicht im mindesten gefährdet worden wären, wenn derselbe eine unbedingte Empfangsbescheinigung ausgestellt hätte; auch ohne die fragliche Klausel wäre es ihm unbenommen gewesen, allfällig weitere Ansprüche am Beklagten geltend zu machen. U. v. 23. September 1857.

486. In einem Forderungsstreite glaubte der Kläger zur Begründung der Klage zweier hinter dem Beklagten liegenden Quittungen für Zinse, die dieser von dem eingeklagten Kapital bezahlt hatte, zu bedürfen und verlangte deßwegen von demselben die Herausgabe dieser Quittungen.

Der Beklagte bestritt die Pflicht zur Edition der erwähnten Urkunden, mit der Entgegnung, daß die Aktenstücke, als Privaturkunden nur gegen den Kläger beweisen und daher zur Klagbegründung nicht dienlich sein können.

Aus dem Inhalte des §. 150 ergiebt sich, daß die Pflicht zur Herausgabe einer Urkunde nicht an die Bedingung geknüpft sei, daß sie einen vollständigen Beweis für ein gewisses thatsächliches Verhältniß enthalte, sondern es genügt, daß sie sich auf das streitige Rechtsgeschäft und den zu leistenden Beweis beziehe. Es ist dies sehr begreiflich, denn

die Frage, ob und inwiefern durch eine Urkunde ein Beweis geleistet werde, ist nicht im Editionsverfahren, sondern erst bei Beurtheilung der Hauptsache zu erörtern. Offenbar bezieht sich die Quittung auf die streitige Sache und den zu leistenden Beweis und ist deßhalb das Editionsbegehren begründet.

Der Beklagte beruft sich aber behufs Bestreitung des Gesuches auf §. 133 der P.-O., demzufolge Privaturkunden gegen denjenigen beweisen, der sie errichtet und als Aussteller eigenhändig unterzeichnet hat. Der fraglichen Vorschrift zufolge enthält die Quittung stets und unter allen Umständen einen vollständigen Beweis gegen ihren Aussteller und Unterzeichner. Daß aber diese Privaturkunde nur gegen den Aussteller etwas beweise und daß sie diesem in keiner Weise dienen könne, ergiebt sich weder aus dem Wortlaut des §. 133, noch wäre eine solche Folgerung durch die Natur der Sache gerechtfertigt. In der Empfangnahme der Quittung durch den Schuldner liegt sicher auch für den Gläubiger der Beweis, daß der erstere Zinsen bezahlt habe. Es bleibt einem künftigen Urtheil überlassen, zu prüfen, inwiefern aus der Bezahlung der Zinsen ein Schluß auf verbindliche Anerkennung der Schuld selbst gezogen werden darf. U. v. 30. Juni 1862.

487. Einer Privatschuldverschreibung kann die Einrede des nicht zugezählten Geldes entgegengesetzt werden. §. 137 der P.-O. und §. 709 des a. b. G. — Ueber die rechtliche Natur dieser Einrede siehe Nr. 287 und Nr. 352.

---

§§. 138—142.

488. Zur Liquidstellung einer Forderung, die der Beklagte von dem klägerisch verlangten Betrage abgerechnet wissen wollte, berief derselbe sich auf den Beweis durch sein Hausbuch und zwar unter Anerbietung des Ergänzungseides, worauf das titl. Bezirksgericht dahin auf Beweis erkannte: Es habe der Kläger durch Sachverständige darzuthun, daß dem Hausbuche des Beklagten die gesetzlichen Requisite abgehen. Nachdem dieses Beweiserkenntniß in Rechtskraft erwachsen, erstatteten die Experten ihr Gutachten in dem Sinne, daß das fragliche Hausbuch ganz und gar den Anforderungen, die §. 139 der P.-O. an ein solches stelle, entspreche. Gleichwohl verwarf das Bezirksgericht die Gegenforderung des Beklagten und verschaltete den letztern von der Ausschwörung des Ergänzungseides und zwar aus dem Grunde, weil derselbe im oben erwähnten, rechtskräftig gewordenen Beweisurtheil nicht vorbehalten worden.

Diese Auffassung ist jedoch durch das Gesetz nicht gerechtfertigt. Die Behörde scheint den §. 253 der P.=O. im Auge gehabt zu haben, der aber im vorliegenden Falle keine Anwendung findet. Wird vom Beweis durch das Hausbuch Gebrauch gemacht (§. 138 der P.=O.), so handelt es sich nicht um den Vorbehalt des Ergänzungseides in einem Beweisurtheil. Hätte das Gericht statt auf Beweis durch Sachverständige zu erkennen, das Hausbuch des Beklagten selbst geprüft — was das Gesetz wohl auch als Regel voraussetzt — und dem §. 139 der P.=O. entsprechend gefunden, so wäre dasselbe gar nicht in die Lage gekommen, eines solchen Vorbehalts zu erwähnen, sondern hätte dem Beweisführer einfach den Ergänzungseid zugesprochen. Der Umstand aber, daß das Gericht ein anderes Verfahren eingeschlagen, darf dem Beklagten nicht zum Nachtheil gereichen. U. v. 27. September 1867.

489. Ein Auszug aus einem Hausbuch, welcher zur Begründung eines einzelnen Ansatzes ins Recht gelegt worden, umfaßte den Zeitraum vom 10. Juni 1862 bis 11. Februar 1865. Nach Verfluß von drei Jahren vom 10. Juni 1862 an wurde die Rechnung abgeschlossen und dem Beklagten zugestellt, allein der streitige Ansatz nicht innerhalb 6 Monaten vom Ablauf der in §. 140 der P.=O. erwähnten drei Jahre an, sondern erst am 3. Mai 1866 eingeklagt, indem der Kläger die Ansicht geltend machte, daß die gesetzlich vorgeschriebene Frist erst vom 27. Jenner 1863, als dem Tage, an dem der streitige Ansatz eingetragen worden, zu laufen beginne.

Diese Ansicht findet aber in dem hier entscheidenden §. 140 der P.=O. keine Unterstützung, der festsetzt, daß eine Anforderung, welche man mittelst des Haus= oder Handelsbuches beweisen will, keinen längern Zeitraum als 3 Jahre umfassen dürfe und vom Abschluß der diesfälligen Rechnung an binnen 6 Monaten Klage zu erheben sei, daß daher jede Rechnung, für welche man sich dieses Beweismittels bedienen will, nach Verlauf von 3 Jahren abgeschlossen, dem Schuldner zugestellt und binnen 6 Monaten von Verfluß von 3 Jahren an eingeklagt werden müsse. Hieraus ist zu entnehmen, daß zur Einklagung des Rechnungsguthabens nicht das Datum der einzelnen darin enthaltenen Ansätze, sondern der Anfang der dreijährigen Rechnungsperiode maßgebend sei. Eine Auslegung im Sinne des Klägers würde dahin führen, daß für die Einklagbarkeit eines jeden Rechnungsansatzes ein anderer Termin gelten und die wohl im Interesse eines geordneten Geschäftsverkehrs und einer angemessenen Beschränkung des fraglichen Beweismittels erlassenen Bestimmungen des §. 140 der P.=O. geradezu illusorisch machen würde.
U. v. 25. Oktober 1866.

490. In einem Forderungsstreit berief sich der Kläger zum Beweise von beklagterseits bestrittenen Waarenlieferungen auf sein Hausbuch nebst dem Erfüllungseid. Das Bezirksgericht verwarf diesen Beweis aus dem Grunde, weil eine mit dem Hausbuch zu beweisende Forderung nach §. 140 der P.-O. innert 6 Monaten vom Rechnungsabschluß an eingeklagt werden müsse, der letzte Post der Forderungsbeträge vom 15. April 1868, die Klage aber erst vom Monat Januar 1870 und der friedensrichterliche Vermittlungsversuch vom 20. September 1869 datire. Das Bezirksgericht nahm somit an, der Beweis durch das Hausbuch sei nur zulässig, wenn die Forderung innerhalb 6 Monaten von der letzten Eintragung an ins Buch hinweg eingeklagt werde.

Diese Auffassung, welcher gemäß der Termin von 3 Jahren illusorisch wäre, insofern nicht von der letzten Einschreibung an innert 6 Monaten Klage erhoben würde, entspricht aber dem Wortverstand und Sinn des Gesetzes nicht, welches den Beweis für Lieferungen zuläßt, die innert $3^1/_2$ Jahren von der ältesten Einschreibung hinweg eingeklagt werden. Die Richtigkeit dieser Auslegung des Gesetzes, die übrigens auch die Gerichtspraxis für sich hat, wird durch den erklärenden zweiten Satz des §. 140 bestätigt, dem zufolge jede Rechnung nach Verlauf von 3 Jahren abgeschlossen, dem Schuldner zugestellt und binnen 6 Monaten vom Verfluß der 3 Jahre an eingeklagt werden soll. Das Gesetz gewährt also eine von der ersten Lieferung an laufende Frist von vollen 3 Jahren, ohne Rücksicht auf das Datum der einzelnen Einschreibungen innert dieser Frist und wenn nur innerhalb 6 Monaten nach Umfluß dieser 3 Jahre eine Rechnung — die aus einem oder mehreren Posten bestehen mag — eingeklagt wird, so ist der Beweis durch das Hausbuch noch immer zulässig.

Im vorliegenden Falle hatte nun die erste Lieferung am 27. November 1866 stattgefunden und die gesetzliche Frist von 3 Jahren wäre also erst mit dem 27. November 1869 zu Ende gegangen; der Rechnungsabschluß oder — was hier als gleichbedeutend zu betrachten war — die am 25. August 1869 angehobene Betreibung erfolgte also vor Ablauf der 3 Jahre und da auch die Klage vor 6 Monaten nach dem Rechnungsabschluß oder der Betreibung angehoben wurde, so waren alle Requisite in Erfüllung gegangen, von welchen das Gesetz den Beweis durch das Hausbuch abhängig erklärt. U. v. 29. Juni 1870.

491. Zum Beweise einer Waarenlieferung berief sich der Kläger auf das Hausbuch und legte einen beglaubigten Auszug in das Recht. Der Beklagte, der unterlassen, die Vorlage des Hausbuches im Original anzubegehren, bestritt in der Antwort die Beweis-

kraft des Buches, indem er anbrachte, daß dasselbe die Bedingungen des §. 140 des P.=O. nicht erfülle.

Ueber dieses Anbringen wurde befunden: Nach §. 144 des P.=O. hätte der Beklagte das Recht gehabt, die Vorlage des Hausbuches zu verlangen; er habe aber ein solches Verlangen nicht gestellt. Daher sei nach der ausdrücklichen Vorschrift dieser Gesetzesbestimmung der beglaubigte Auszug aus dem Buche als mit dem Original gleichlautend anzuerkennen.

Wenn nun der Beklagte in der Antwort, trotzdem er die Originalvorlage verlangt habe, die Behauptung aufstelle, daß das klägerische Hausbuch den Erfordernissen des §. 139 des P.=O. nicht entspreche, so komme er mit dieser Behauptung zu spät und könne nicht mehr gehört werden, denn es liege im Sinn und Willen des §. 144 der P.=O. und entspreche auch einer konstanten obergerichtlichen Praxis, daß Einwendungen gegen die Beweiskraft eines Hausbuches, dessen Vorlage zur gerichtlichen Prüfung vom Gegner des Beweisführers rechtzeitig nicht verlangt worden sei, keine Berücksichtigung mehr finden könnten. U. v. 27. Juli 1871.

492. Der Entscheidungsgrund eines bezirksgerichtlichen Urtheils, welches das Klagbegehren um Bezahlung einer angeblich aus einer Waarenlieferung entstandenen Forderung zurückgewiesen, liegt in der Betrachtung: Es wäre Aufgabe des Klägers gewesen, den Beweis zu erbringen, daß der Beklagte die fragliche Waare auch *empfangen* habe; hiezu sei aber das als Beweismittel angerufene Handelsbuch des Klägers nicht genügend, weil dieser die Waare dem Beklagten nicht persönlich übergeben, sondern durch einen Boten ihm zugesandt habe; durch das Handelsbuch könnte der Kläger wohl die Absendung und den Preis, nicht aber die vom Beklagten speziell verneinte Thatsache des Empfanges der Waare konstatiren.

Mit Recht behauptete der Kläger dieser Betrachtung gegenüber, daß bezüglich des Empfanges der Waare von Seite des Beklagten *diesem letztern* die Beweislast auffalle. Daß nämlich in dieser Beziehung nicht dem Kläger sondern dem Beklagten die Beweisführung obliege, ergiebt sich auf das Unzweideutigste aus §. 141 der P.=O., woselbst ausgesprochen wird, daß der Beklagte, wenn er behauptet, daß er die Lieferung gar nicht, oder doch nicht in dem angegebenen Umfange empfangen, den Beweis dieser Behauptung zu übernehmen habe.

Es war daher, da der Beklagte einen Beweis für die diesfällige Behauptung nicht anerboten, die Klage nicht sofort zu verwerfen, sondern dem Kläger der Beweis für seine Forderung durch das angerufene Hausbuch zuzusprechen. U. v. 21. Dezember 1867.

§§. 143—146.

493. Der auf Grundlage eines Cessionsaktes angehobenen Forderungsklage gegenüber wurde die Aktivlegitimation des Klägers in Widerspruch gezogen. Der vom letztern vorgewiesene Cessionsakt beginnt mit den Worten: „Alle in beigefügtem spezifizirtem Verzeichniß enthaltenen Ansprüche ꝛc. werden abgetreten. —"

Dieser Cessionsurkunde wurde mit Grund jede Beweiskraft abgesprochen; sie bezieht sich nämlich auf eine andere Urkunde, ein angebliches spezifizirtes Verzeichniß der an den Kläger abgetretenen Forderungen, ohne daß aber dieses selbst eingelegt worden. Nun ist es aber ein allgemein gültiger prozessualischer Grundsatz, der auch in die aarg. Prozeßordnung aufgenommen worden (§. 143), daß eine Urkunde, welche sich auf eine andere bezieht, mit dieser vorgelegt werden muß, um als gültiges Beweismittel angesehen werden zu können. Dieser Vorschrift wurde bei Vorlage der Abtretung nicht Genüge geleistet und es darf daher der letztern bezüglich der klägerischen Legitimation keine Bedeutung beigemessen werden. U. v. 30. März 1871.

494. Mit einer Eigenthumsklage wurde die Abschrift einer Vertragsurkunde, mit welcher der Eigenthumsbeweis geführt werden sollte, verurkundet. Der beklagte Theil verlangte nun vom Kläger die Vorlegung des Originals. Dieser entsprach dem Beklagten in der Weise, daß er die Urkunde, welche er seiner Erklärung zufolge als das Fundament seiner Klage betrachtete und von welcher er derselben eine Abschrift beischloß, im Original herausgab. Da auf dieser herausgegebenen Urkunde die Namen der Kontrahenten sich bloß mit sig. vorfanden, also deren eigenhändige Unterschriften fehlten, so bestritt der Beklagte, daß sie das Original sei und stellte das Begehren: Kläger sei schuldig zu erkennen, die wirkliche Unterschrift vorzulegen, bevor der Beklagte verhalten sei, sich auf die Klage einzulassen.

Das Begehren des Beklagten wurde als ein unbegründetes abgewiesen.

Nach Mitgabe von §. 144 der Prozeßordnung muß das Begehren um Vorlage des Originals jener Urkunde, welche abschriftlich der Klage beigelegt worden, als dem Grundsatze nach gerechtfertigt betrachtet werden. Der Kläger aber hat das Original seiner Urkunde, auf welche er seine Klage basirt und von welcher er eine Abschrift als Klagbeleg eingereicht, zu den Akten gebracht und zugleich bemerkt, daß er einen andern Titel nicht besitze und ihm ein anderer auch nicht bekannt sei.

Es kann deßhalb nicht in seiner Aufgabe liegen, die Urschrift eines weitern Aktenstückes, eines solchen, auf das er sich in seiner Klage nicht berufen, zu den Akten zu bringen. Hat der Kläger ein Dokument produzirt, welches wirklich nur eine Abschrift des Vertrages ist und sich dahin ausgesprochen, daß er kein anderes Aktenstück besitze, so ist eben das produzirte Dokument in seinem Werth und Unwerth in Betracht zu ziehen und wird es sich dann fragen, ob dasselbe geeignet sei, dasjenige, was damit bewiesen werden solle, zu konstatiren.

§§. 147—156.

495. Mehrere Bürger von Dättwyl stellten zur Begründung einer Klage, wodurch sie die Stadt Baden um Verabfolgung von Holz zu Bauten an die Häuserbesitzer von Dättwyl belangen wollten, ein Editionsbegehren, vermittelst welchem unter anderm die Herausgabe „aller im „Besitze der Stadt Baden befindlichen Urkunden, welche „über unentgeldliche Verabfolgung von Holz zu Bauten und „Reparaturen an die Besitzer von Gebäulichkeiten in Dättwyl „Nachweise und Aufschluß geben," verlangt wurde.

Dieses Begehren wurde als gesetzwidrig verworfen. — Aus §. 147 der P.=O. folgt, daß nur solche Editionsbegehren gestattet sind, welche Vorlegung einzelner bestimmt bezeichneter Urkunden zum Zwecke haben, eben weil das Gesetz will, daß entweder eine Abschrift der heraus verlangten Urkunde vorzulegen sei, oder daß in Ermanglung einer solchen der Inhalt der Urkunde möglichst genau angegeben werde.

Eine detaillirte Bezeichnung der zu edirenden Urkunden ist auch nothwendig. Der Editionsbeklagte hat unter Umständen zu schwören, daß er die verlangte Urkunde nicht besitze, daß er sich des Besitzes nicht entäußert habe, um den Rechtsstand des Editionswerbers zu verschlimmern, oder ihn auf irgend eine Weise zu gefährden, endlich daß er nicht wisse, wo die Urkunde sich gegenwärtig befinde (§. 151 der P.=O.); verweigert er diesen Eid, so ist der Inhalt der Urkunde, wie ihn der Editionswerber angegeben, als erwiesen anzunehmen. Das Editionsbegehren ist nun aber so vag und unbestimmt, daß man gar nicht weiß, um welche Urkunden es sich handelt und was in dem erwähnten Falle als erwiesen anzusehen wäre. U. v. 7. Dezember 1859.

496. Der Ehemann einer von ihrem Vater ausgekauften Tochter klagte gegenüber den Rechtsnachfolgern des Erbauskäufers auf Bezahlung der stipulirten Auskaufssumme; der Kläger behauptete: der Vater seiner

Ehefrau, welcher nebst dieser noch zwei andere Töchter ausgekauft, habe den Vertrag thatsächlich anerkannt, indem er dem Ehemanne einer der beiden letztern Töchter auf Rechnung der Auskaufssumme eine Zahlung gemacht, welche er in sein Rechnungsbuch eingetragen habe. Der Kläger verlangte behufs Begründung seines Forderungsanspruchs die Edition dieses Rechnungsbuches des Erbauskäufers.

Zufolge §. 147 der P.-O. ist nun aber die Editionspflicht nur auf diejenigen Urkunden eingeschränkt, welche auf das im Streite liegende Rechtsgeschäft und zugleich auf den zu leistenden Beweis in irgend einer Beziehung stehen. Hiernach erweist sich das Editionsbegehren mit Bezug auf das fragliche Rechnungsbuch als ein unbegründetes. Jenes Rechnungs- resp. Hausbuch ist nämlich im Sinne des Gesetzes weder eine öffentliche noch eine Privaturkunde und beweist nie gegen, sondern unter den in den §§. 138, 139 und 140 der P.-O. angegebenen Voraussetzungen und Beschränkungen nur für denjenigen, der es geführt hat. Das fragliche Rechnungsbuch, worin der Erbauskäufer über seine Familienangelegenheiten Einschreibungen gemacht, würde somit unter keinen Umständen vom Kläger gegen die Rechtsnachfolger des erstern zum Beweise gebraucht werden können. U. v. 31. Juli 1860.

497. Dem Gläubiger einer Forderung, welcher zu deren Geltendmachung den Weg der Vollstreckung betreten, wurden vom Vollstreckungsbeamten Fahrhabgegenstände des Schuldners als Pfänder verzeichnet. Da ein Dritter auf die fragliche Fahrhabe Eigenthumsansprüche erhoben, versuchte der erwähnte Gläubiger das ihm verschriebene Pfandrecht auf dem Civilrechtswege zur Anerkennung zu bringen. Zum Zwecke der Klagbegründung stellte der Gläubiger ein Editionsbegehren, dahin gehend: Er habe Urkunden nöthig, welche im Besitze des Beklagten seien; diese Urkunden bestehen in den auf die erwähnte Fahrhabe bezüglichen Erwerbstiteln, deren Inhalt dahin bezeichnet werde, daß daraus hervorgehe, es besitze der Kläger jedenfalls ein älteres Recht auf fragliche Gegenstände, als der Beklagte; dieselben seien in rechtlich unwirksamer Weise auf den Beklagten übergegangen, vorausgesetzt, es habe ein solcher Uebergang stattgefunden.

Auch dieses Editionsgesuch wurde wegen Mangels einer nähern Bezeichnung des thatsächlichen Inhalts der geforderten Urkunden als unbegründet erklärt. U. v. 1862.

498. Jemand beabsichtigte eine Forderungsklage anzuheben, hatte aber gehört, daß der Schuldner eine Quittung besitze, laut der diese Forderung schon bezahlt sein soll. Um sich dessen zu vergewissern, forderte

er durch ein Editionsbegehren den Gegner auf, diese angebliche Quittung vorzulegen, gestützt auf die Behauptung, daß er ein Recht habe, alle Urkunden vom Beklagten herauszuverlangen, welche sich auf das Streitverhältniß beziehen.

So sehr das Bestreben des Klägers, wenn möglich einen unnützen Prozeß zu vermeiden, anerkannt werden mußte, so konnte diesem vom Beklagten bestrittenen Begehren gleichwohl nicht entsprochen werden.

Die Bestimmungen über Edition von Urkunden gehen von der Voraussetzung aus, daß der Editionsbewerber Urkunden herausverlange, welche zu seinen Gunsten einen Beweis zu erbringen im Stande sind. Der Kläger sagt nun ausdrücklich, daß er der fraglichen Urkunde nicht zum Beweise seiner Forderungsklage bedürfe; er behauptet überhaupt nicht, daß er mit derselben etwas in dem anzuhebenden Prozesse beweisen wolle, sondern wünscht durch Einsichtnahme in dieselbe nur zu erfahren, wie es mit der Vertheidigung des Beklagten stehe und ob er im Prozesse obsiegen werde. Unter solchen Umständen ist aber eine Berufung auf die §§. 147 und 150 lit. d. der P.-O. unerheblich, weil es sich nicht um Urkunden handelt, welche sich auf den vom Kläger zu leistenden Beweis beziehen, sondern um ein Schriftstück, welches der Beklagte möglicherweise zur Vertheidigung brauchen könnte.

U. v. 6. August 1867.

499. Infolge der Bestreitung eines in einer Administrativsache gestellten Editionsbegehrens wurde kontradiktorische Verhandlung vor Bezirksgericht gepflogen, das ganze diesfalls eingeschlagene Verfahren aber als gesetzwidrig aufgehoben.

Nach §. 1 des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten werden die letztern summarisch und unentgeldlich beurtheilt. Das ganze Hauptverfahren findet durch Vermittlung des Gerichtspräsidenten statt und sind die Akten, wenn ein Vergleich nicht zu Stande kommt, an das Obergericht einzusenden. Ist dieses Verfahren in der Hauptsache vorgeschrieben, so ist nothwendigerweise, soll der Zweck des Gesetzes (summarische und unentgeldliche Verhandlung) erreicht werden, dieses gleiche Verfahren auch für die präparatorischen und einleitenden Vorkehren anzuwenden.

U. v. 23. September 1858.

§§. 158–161.

500. Handelt es sich um Durchführung eines Beweises der Aechtheit von Unterschriften, so dürfen die zur Vergleichung dienenden Ur-

kunden, die allerdings anerkannt oder unanfechtbar sein müssen, in der Beweisinstanz beigebracht werden und ist es nicht erforderlich, daß diese Hülfsmittel für die Schreibverständigen schon im ersten Verfahren genannt oder verurkundet worden; es erhellt dies sowohl aus der Natur, dem Zweck und der Zeit ihres Gebrauches, aber auch aus den Bestimmungen der §§. 157—159 der P.=O. Diese Bestimmungen verlangen nicht, daß die Vergleichungsurkunden schon im Hauptverfahren einzulegen seien und §. 159 gestattet ausdrücklich die Einreichung eines neuen, bisher noch gar nicht bestandenen Vergleichungsmittels, was mit der Annahme, daß die zur Schriftvergleichung dienenden Aktenstücke schon im Hauptverfahren vorzulegen seien, im Widerspruch steht.

U. v. 19. Mai 1860.

501. Zum Antritt des Beweises der Aechtheit von Unterschriften durch Sachverständige wurden die Parteien vor das Gerichtspräsidium geladen. Nachdem man sich bei dieser Verhandlung über Zahl und Personen der Experten verständigt, berief sich der Kläger zum Behuf der Schriftvergleichung auf eine Reihe von Urkunden, welche die Gegenpartei zum Theil als dazu ungeeignet bestritten hatte. Bei dieser Verhandlung ergaben sich noch verschiedene, zum weitern mündlichen Verfahren ausgesetzte Streitfragen und am Schlusse erklärte der Kläger, das seien für einmal diejenigen Urkunden, welche er vorzulegen und auf die er sich zu berufen habe. Die Beklagten setzten hierauf das Begehren ans Recht: „Es habe sich die Gegenpartei nicht bloß für einmal sondern definitiv zu erklären, daß sämmtliche Urkunden, auf deren Vergleichung sie sich berufe, nun vorgelegt oder einverlangt seien."

Ueber dieses Begehren, das vom Bezirksgericht nicht als begründet erklärt worden, fand das Obergericht: Darüber könne kein begründeter Zweifel bestehen, daß die Beweisverhandlung vor dem Gerichtspräsidium in dieser die Kompetenz des Bezirksgerichtes übersteigenden Streitsache ein Mißgriff, ein offenbarer Verstoß gegen die Vorschriften des Gesetzes gewesen sei. Keine einzige Bestimmung der P.=O. berechtige auch nur analog zur Annahme, daß in appellabeln Fällen das Beweisverfahren in die Hand des Gerichtspräsidenten gelegt sei. Sei daher die Verhandlnng von dem Gerichtspräsidenten eine an sich ungesetzliche, so habe sie sich überdies auch als eine überflüssige und unfruchtbare erwiesen, indem alle bei dieser Verhandlung erhobenen Streitfragen doch nicht hätten entschieden werden können, und erst wieder „zur mündlichen Verhandlung" ans Bezirksgericht gelangt seien. Freilich sei gegen die Kompetenz des Gerichtspräsidenten keine Einwendung erhoben und eben so wenig die Richtigkeit der Verhandlung angefochten worden. Unter diesen

Umständen sei für den obern Richter kein Grund gegeben, die fragliche Verhandlung als schlechterdings ungültig zu erklären; allein die Bedeutung derselben dürfe weiter ausgedehnt werden, als ihre Beschaffenheit selbst und das rechtliche Interesse beider Parteien erfordere. Die Verhandlung vor Gerichtspräsidium dürfe nämlich nach ihrem formellen Werth nur als eine vorläufige, das Beweisverfahren erst einleitende betrachtet werden und in dieser Voraussetzung sei es zu weit gegangen und unrecht gewesen, dem Kläger jedes Recht zu bestreiten, bei der nächsten gerichtlichen Tagfahrt — dieser ersten dem vorgeschriebenen Verfahren entsprechenden Beweisverhandlung — noch Urkunden beizubringen, die zur Schriftvergleichung für die Unterschriften in der Schuldurkunde dienlich sein könnten. U. v. 26. April 1871.

§§. 162—169.

502. Ein Prozeßsistirungsgesuch wurde auf die Behauptung gestützt, daß hinsichtlich eines urkundlichen Beleges, welches als gefälscht erklärt worden, die Anhängigmachung einer Privatstrafklage beim Bezirksamt stattgefunden, eine Bescheinigung aber, daß die Strafklage eingereicht worden, nicht vorgelegt, dagegen die Richtigkeit dieser Thatsache, welche der Prozeßgegner in Abrede stellte, durch den negativen Haupteid zu beweisen beantragt. Eine solche Beweisführung ist aber unstatthaft. Es verstoßt sich eben so wohl gegen das Wesen des Incidentalstreites, für welchen ein summarisches Verfahren vorgeschrieben ist, als gegen die Natur der Sache, daß über eine Frage, die sofort durch eine amtliche Bescheinigung hätte liquid gestellt werden können, ein Beweisverfahren durch den Haupteid durchgeführt werde (vergl. §. 115 der P.=O.). Dieses Procedere ist um so weniger zu billigen, als dasselbe unnützen Weiterungen und Prozeßverschleppungen Vorschub leisten würde.

U. v. 4. September 1868.

503. Gegenüber einer Forderungsklage, welche sich auf eine hypothekarisch errichtete Schuldurkunde stützte, machte der Beklagte geltend, daß sowohl der Geldaufbruchsschein als der Gülttitel unwahr und falsch sei und verlangte im Sinne der §§. 164 und 165 der P.=O. die Einleitung einer strafrechtlichen Untersuchung, welchem Begehren auch entsprochen worden. Die Staatsanwaltschaft fand sich aber außer Stand, auf Grund des vorhandenen Materials eine Anklage zu erheben und gab daher der Sache keine weitere Folge. Der Beklagte wendete sich nun an das Bezirksgericht mit dem Gesuche: es möchte die Frage ent=

scheiden, ob der Gültbrief (und der Geldaufbruchsschein) eine gegen ihn, den Beklagten, beweisende, rechtsförmige, öffentliche Urkunde sei oder nicht.

Das Bezirksgericht glaubte, entgegen dem Sinne des §. 165 der P.=O., auf dieses Gesuch nicht eintreten zu sollen. Der Entschluß des Staatsanwalts, der Untersuchung keine weitere Folge zu geben, kann der Vorschrift des erwähnten Paragraphen nicht derogiren; d. h. wenn im Laufe eines Civilprozesses über die angefochtene Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde die Untersuchung einmal eingeleitet worden, so fällt die Beurtheilung derselben deßhalb, weil der Staatsanwalt die weitere Verfolgung eingestellt resp. die Strafklage aufgegeben, noch nicht als nutzlos hinweg; die Verfügung des Staatsanwalts betrifft nur die strafrechtlichen Folgen und erübrigt es daher noch immerhin, den Civilpunkt der richterlichen Prüfung und Entscheidung zu unterstellen. Dabei handelt es sich nicht etwa bloß um den Kostenpunkt, sondern um die Frage der Beweiskraft der angefochtenen öffentlichen Urkunde, um eine Frage, welche unerörtert bliebe, wenn sie durch den Entscheid des Staatsanwalts ein für alle Mal abgeschnitten würde. Die Entscheidung über die Beweiskraft der Urkunde ist eben deßhalb geboten, weil es sich möglicherweise nicht gerade um eine Verfälschung der Urkunde im subjektiven Sinne, sondern um die Unrichtigkeit derselben in objektiver Hinsicht handelt.

Ist die Untersuchung nach dieser letztern Richtung zu erledigen, so ist dann das Gericht desjenigen Bezirks, in welchem die Urkunde errichtet worden, für die Beurtheilung zuständig.

U. v. 27. September 1861.

504. In einem Civilstreite fand sich der Klagetheil veranlaßt, einen gerichtlichen Entscheid dahin anzubegehren, daß hinreichende Gründe vorhanden seien, um die Aufhebung von öffentlichen Urkunden auf dem Untersuchungswege einzuleiten; zugleich wurde verlangt: der Richter wolle entweder selbst die Einleitung der Untersuchung verfügen und das Erforderliche anordnen oder dem Kläger gestatten, die Anhebung der Un ersuchung bei der zuständigen Behörde zu verlangen.

Mit der Frage, ob hinreichende Gründe zum Beginne einer solchen Untersuchung vorliegen, hat sich aber der Civilrichter nicht zu befassen. Der §. 164 der P.=O., mit dem der Kläger in formeller Beziehung sein Vorgehen rechtfertigen will, trifft im Falle nicht zu; aus seinem Inhalte und aus seiner Verbindung mit der vorhergehenden Bestimmung erhellt deutlich, daß ein Erkenntniß des Gerichts über die Begründtheit der Anhebung einer Untersuchung nur da zu fordern ist, wo

es sich um die civilprozessualische Einrede der Unrichtigkeit, Falschheit oder Verfälschung von Privaturkunden handelt. Für die Anfechtung der öffentlichen Urkunden verlangt dagegen §. 165 der P.=O. jenen gerichtlichen Entscheid nicht, so daß dem Kläger überlassen werden muß, auch ohne das gewünschte gerichtliche Placet bei der zuständigen Behörde das Begehren um Einleitung der Untersuchung anzubringen.

U. v. 8. August 1866.

505. Das Gesuch um Sistirung eines Prozesses, welches mit der Behauptung erfolgte, daß das ins Recht gelegte Fertigungsprotokoll unrichtig sei und mit Bezug auf dasselbe bei kompetenter Behörde eine Untersuchung anbegehrt worden, wurde vom Bezirksgericht aus dem Grunde abgewiesen, weil es angenommen, es fehle dem Sistirungsgesuch an denjenigen Voraussetzungen, welche nach §. 164 der P.=O. behufs Einleitung der Untersuchung unerläßlich seien, nämlich ein von der Partei gestellter Antrag mit Gründen, welche der Richter als hinlänglich erklärt habe, sowie ein von Amtswegen erlassener Beschluß des Bezirksgerichts.

Dabei wurde aber dem Umstande nicht Rechnung getragen, daß die Unrichtigkeit einer öffentlichen Urkunde behauptet worden. Nach §. 165 der P.=O. steht es jeder Partei ohne anders frei, eine solche Untersuchung zu verlangen. In concreto wurde die Untersuchung bei zuständiger Rechtsstelle, dem Bezirksamt, anbegehrt und mußte daher nach §. 166 der P.=O. der Civilstreit bis zur Erledigung der Untersuchung sistirt werden. U. v. 11. März 1868.

Dritter Titel.

Von dem Beweise durch Zeugen.

§§. 170—202.

506. Auf den Antrag des Gegners des Beweisführers muß als unzulässiger Zeuge derjenige verworfen werden, welcher erweislich aus dem streitigen Geschäft einen unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil zu erwarten hat. (§. 173, lit. e der P.=O.)

In einer Wässerungsstreitigkeit wurde J. K. als Zeuge verworfen, weil es sich ergab, daß, falls das vom Kläger behauptete Wässerungsrecht als begründet sich herausstelle, jener das Wasser auch zur Bewässerung seiner Wiese benützen könne, somit durch den Sieg des Klägers einen unmittelbaren Vortheil erlange.

Es entstand dann aber die Frage, ob auch der Sohn des J. K. als unzuläſſiger Zeuge verworfen werden müſſe. Der Gegner des Beweisführers bejahte dies, weil ihm als präſumtiven Rechtsnachfolger ſeines Vaters der gleiche Vortheil zukomme, den dieſer letztere erwerbe. In dieſem ſoeben erwähnten Umſtand aber liegt für den Sohn noch nicht ein unmittelbares Intereſſe am Ausgange des Rechtsſtreits. So lange eine Erbſchaft jemanden noch nicht angefallen, erſcheint der Erwerb derſelben stetsfort als problematiſch, zumal bei einer einzelnen Sache, welche möglicherweiſe bei dem Erbanfall nicht mehr vorhanden iſt.

Die Einvernahme des fraglichen Sohnes wird daher durch die angeführte Geſetzesvorſchrift, die ein unmittelbares Intereſſe vorausſetzt, nicht ausgeſchloſſen. U. v. 27. Juli 1869.

507. In einem Vindikationsprozeſſe wurde dem Beklagten der Beweis durch Zeugen geſtattet, daß die von ihm herausverlangten Gegenſtände ihm wirklich übergeben worden ſeien. Nach stattgefundener Einvernahme der Zeugen, jedoch bevor deren Ausſagen eidlich beſchworen worden, fiel der eine derſelben in den Geldstag, woraus der Kläger die Veranlaſſung nahm, einen richterlichen Entſcheid dahin zu begehren, daß jener durch den gegen ihn erkannten Geldstag die Zuläſſigkeit als Zeuge verloren habe und daher verworfen werde.

Der §. 173 der P.=O. ſchreibt nun allerdings vor, daß auf den Antrag des Gegners des Beweisführers die Vergeldstagten, ſo lange ſie nicht rehabilitirt ſind, als unzuläſſige Zeugen verworfen werden müſſen. Faßt man aber die §§. 80, 88, 90 und 92 der P.=O. ins Auge, ſo müſſen nach den Grundſätzen der Eventualmaxime ſolche auf §. 173 ſich stützende Einwendungen gegen die Zuläſſigkeit eines Zeugen in den Satzſchriften und jedenfalls vor deren Abhör geltend gemacht werden. Nachdem im vorwürfigen Streite der Zeuge vom Gegner des Beweisführers als zuläſſig anerkannt und dann nicht nur über den Beweisſatz des Beklagten, ſondern ſelbst auch über die gegneriſchen Erläuterungsfragen abgehört worden, kann die Thatſache des über ihn verhängten Geldstages nicht eine zurückwirkende Folge haben, zumal dieſe Thatſache keine ſolche iſt, vermöge welcher der Zeuge ſeine Glaubwürdigkeit und damit die Befähigung zur Beſchwörung ſeiner Ausſage verloren hat. Dieſe Anſicht wird auch unterstützt durch die Bestimmung des §. 259 der P.=O., wornach ein Vergeldstagter nur als unfähig erklärt iſt, den Erfüllungs= und Schätzungseid zu leiſten, alſo in eigener Sache einen ihm nicht vom Gegner auferlegten, ſondern ſelbst beantragten, den Beweis ergänzenden Eid zu leiſten. Es muß eben zwiſchen der abſoluten Unzuläſſigkeit eines Zeugen nach §. 172 der P.=O. und

der bloß relativen Ausschließbarkeit desselben unterschieden werden; im erstern Falle wird der Zeuge im Augenblick des Eintritts des Verwerfungsgrundes eo ipso unzulässig, weil er seine Glaubwürdigkeit verloren und muß der Richter einen solchen Zeugen auch im Stadium des Beweisverfahrens von Amtswegen verwerfen, während im andern Falle dies nicht stattfinden darf. U. v. 7. November 1866.*

* Auch bei einer Entscheidung vom 27. Juni 1867 wurde die soeben erwähnte Betrachtung als maßgebend erachtet.

508. Aus der Vorschrift des §. 173, wornach auf den Antrag des Gegners des Beweisführers diejenigen als Zeugen verworfen werden, die erweislich aus dem streitigen Geschäft einen unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil zu gewärtigen haben, darf nicht gefolgert werden, daß im Prozesse einer Gemeinde die einzelnen Bürger, welche von ihr als Zeugen angerufen werden, auf Verlangen des Gegners als solche zu verwerfen sind. Als Prozeßpartei erscheint die Gemeinde in ihrer Gesammtheit als eine moralische Person, welche ihren Willen nur in gesetzlicher Weise, durch die gesetzlichen Organe, nicht aber durch die einzelnen Bürger erklären kann, deren Vermögen ihr, der Gemeinde, als Korporation und nicht den einzelnen Ortsbürgern angehört, deren Verpflichtungen wieder sie, die Gemeinde und nicht die zur Zeit lebenden Glieder zu erfüllen haben.

Die als Zeugen angerufenen einzelnen Bürger der Gemeinde erscheinen also nicht als solche, denen aus dem streitigen Geschäft ein unmittelbarer Vor- oder Nachtheil erwachsen kann.

U. v. 22. September 1859.

509. In Bezug auf die Abänderung der Zeugen-Aussagen, welche an der Beeidungs-Tagfahrt stattgefunden, dürfen keine Erläuterungsfragen gestellt werden. §. 191 der P.-O. enthält nämlich folgende Vorschrift: „Wenn ein Zeuge seine Aussagen abändert, so werden die Parteien einvernommen, ob sie beide oder eine von ihnen über die veränderten Aussagen die Eidesleistung verlangen, in welchem Falle diese sofort vorzunehmen ist." Diese Vorschrift, die mit §. 190 in Verbindung steht, woselbst das bei der Beeidigung der Zeugen zu beobachtende Verfahren festgesetzt wird, spricht nicht von den in §. 180 enthaltenen drei Alternativen. Dieser letztern Bestimmung zufolge steht es den Parteien nach erfolgter Abhör der Zeugen frei, Erläuterung ihrer Aussagen, oder deren Beeidigung zu verlangen, oder sie von weiterer Zeugenpflicht zu liberiren. Der citirte §. 191 räumt aber den Parteien offenbar nicht die gleichen Befugnisse ein, indem derselbe ihnen für den

Fall, als die Zeugen bei der Eidesverhandlung ihre Aussagen abändern, lediglich gestattet, sich zu erklären, ob sie über die veränderten Aussagen die Eidesleistung anbegehren.

Auch die logische Interpretation spricht für diese buchstäbliche Auffassung dieses Gesetzes, da es nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber in dem Falle, als die Partei bei der Zeugeneinvernahme keine Erläuterung begehrt, sondern sofort auf die Eidesleistung abgestellt hat, derselben bei einer Abänderung der Zeugenaussagen an der Eidestagfahrt gestatten wollte, wiederum auf die Alternative der Erläuterungsfragen des §. 180 zurückzukommen, ohne daß er dieser prozessualischen Befugniß, welche mit der Vorschrift des §. 191 in Widerspruch geriethe, als einer speziellen Ausnahme von der Regel Erwähnung gethan hätte. U. v. 11. August 1862.

510. Die §§. 198—202 enthalten Vorschriften über den Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß. Siehe hierüber Nr. 513.

Vierter Titel.

Von dem Beweise durch Sachverständige.

§§. 203 - 218.

511. Der Vermiether einer Scheune forderte vom Miether einen jährlichen Zins von Fr. 50, worauf das Gericht auf Beweis durch Sachverständige dafür erkannte, daß der verlangte Miethzins ein angemessener sei, ohne daß der Kläger einen solchen Beweis beantragte.

Diese Beweisanordnung, wobei das Bezirksgericht auf §. 206 der P.-O. Bezug nahm, verstößt sich aber gegen das Gesetz, indem §. 1 der P.-O. dem Richter vorschreibt, nie von Amtswegen zu handeln, außer in den Fällen, in welchen ihm die Amtshandlung zur Pflicht gemacht wird. Der angerufene §. 206 gestattet zwar dem Richter, in gewissen Fällen Sachverständige von Amtswegen beizuziehen. Allein die Voraussetzungen dieser Bestimmung, welche immerhin eine Ausnahme von der Regel bildet, sind offenbar nicht vorhanden; diese Vorschrift kann nicht benutzt werden, um für eine Partei von Amtswegen einen Beweis zu erbringen, den sie selbst hätte beantragen sollen und den sie nur aus Unkenntniß oder Versehen zu beantragen unterließ. Der §. 206 trifft Vorsorge für den möglichen Fall, daß der Richter Bedenken tragen würde, ohne Hülfe Sachkundiger gewisse aktenmäßig

erwiesene Thatumstände zu beurtheilen; nie aber liegt es im Sinne jener Vorschrift, in einem gewöhnlichen Falle, wo die Nothwendigkeit eines Beweises durch Sachverständige schon bei Abfassung der Klage einleuchten muß, einer Partei auf Unkosten der andern zu Hülfe zu kommen und vergessene Beweisanträge von Amtswegen in die Prozedur zu bringen. U. v. 4. März 1864.

512. Zur Ausmittlung des Antrages, der in Folge des Gesetzes über die Ablösung der Kollaturverbindlichkeit von einem Kollator an die Kirchgemeinde zu entrichten war, wurde auf den Beweis durch Sachverständige erkannt. Die Experten, es wurden deren drei ernannt, hatten zu bestimmen, welche Summe zur jetzigen Instandstellung, zur künftigen Unterhaltung und zum dereinstigen Neubau der Pfrundgebäulichkeiten erforderlich sei. Nachdem die Expertise stattgefunden und den Parteien das erstattete Gutachten mitgetheilt worden, sah sich die klagende Partei, welche das Gutachten als gesetzwidrig bezeichnete, zu dem Begehren veranlaßt, dasselbe sei als ungültig aufzuheben und eine neue Begutachtung durch andere Experten anzuordnen.

Das Gutachten litt wirklich an verschiedenen und gewichtigen Gebrechen. Die Sachverständigen wurden nicht gleichzeitig und nicht in Gegenwart der Parteien in Pflicht genommen und über die Natur und den Umfang ihrer Aufgabe unterrichtet; sodann nahmen die Experten nicht gleichzeitig die Untersuchung der Gebäulichkeiten vor, sondern so, daß die Begutachtung an Ort und Stelle von zwei Experten mitsammen an einem Tage, von dem dritten Sachverständigen dagegen an einem spätern Tage stattfand. Offenbar setzt das Gesetz die gemeinschaftliche und gleichzeitige Thätigkeit der Experten voraus und man ist nicht sicher, daß das Resultat in einzelnen Punkten im Falle einer gegenseitigen Besprechung aller Experten an Ort und Stelle nicht ein ganz anderes gewesen wäre, als das im vorgelegten Gutachten enthaltene. Ueberdies wurde die sich beschwerende Partei von dem ihr in §. 210 der P.-O. eingeräumten Recht, die zur Bezeichnung des Streitgegenstandes und zur Aufklärung der Sache dienlich scheinenden Nachweisungen zu geben, mit Bezug auf den einen Experten gänzlich verschaltet; denn aus den Akten ersieht man nicht, daß ihr von dem Erscheinen des dritten Sachverständigen bei den streitigen Gebäulichkeiten Kenntniß gegeben worden.

Endlich trägt das Gutachten den wesentlichen Mangel an sich, daß dasselbe in den meisten Punkten entgegen der Vorschrift des §. 213 der P.-O. aller und jeder Begründung entbehrt.

Bei dieser Sachlage wurde dem Verlangen der klagenden Partei um Verwerfung des Gutachtens und Anordnung einer neuen Expertise als einem begründeten entsprochen. U. v. 14. Dez. 1870.*

* Vgl. auch Nr. 391.

513. Der Eigenthümer eines Hauses, welches theilweise eingestürzt, behauptete, daß der Schaden, den sein Haus erlitten, von dem Umbau herrühre, welchen der Nachbar in seinem Hause vorgenommen und verlangte die Vornahme eines Beweises zum ewigen Gedächtniß durch Sachverständige; als Aufgabe der Experten bezeichnete er a) Ausmittlung der Größe des an seinem Hause entstandenen Schadens, b) Angabe der Ursache des erfolgten Einsturzes und c) Angabe der zu treffenden Maßregeln zur Abwendung fernerer Gefahr. Nach vollzogener Expertise wurde eine Parteiverhandlung veranstaltet, an welcher der Beweisführer das Begehren stellte: Das Gutachten der Experten sei nach Maßgabe der Prozeßordnung den Parteien zu eröffnen.

Das Bezirksgericht verwarf dieses Begehren, das Obergericht dagegen entsprach demselben.

Der §. 218 der P.=O. enthält die Vorschrift, daß die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß durch Sachverständige unter den gleichen Bedingungen und Voraussetzungen gestattet sei, wie der Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß. Der §. 201 der P.=O. verlangt aber, daß den Parteien die Aussagen der Zeugen, welche behufs Beweisführung zum ewigen Gedächtniß einvernommen worden, sofort oder wenn sie nicht am Orte anwesend wären, möglichst bald zu eröffnen seien, damit sie erklären können, ob sie Erläuterungen oder den Eid verlangen. Was nun beim Zeugenbeweis die Zeugenaussagen sind, ist beim Expertenbeweis das Gutachten der Sachverständigen; sind die Zeugenaussagen den Parteien sofort zu eröffnen, so muß dies mit dem Gutachten der Sachverständigen ebenso der Fall sein, zumal die Parteien nach §. 215 der P.=O. auch hier zu Erläuterungsbegehren berechtigt sind.

Wenn eingewendet werden will, es könne nach §. 202 der P.=O. von dem Beweise zum ewigen Gedächtniß im Streite selbst nicht eher Gebrauch gemacht werden, bis der Beweis angetreten worden, so steht diese Vorschrift dem Begehren um Eröffnung des Expertengutachtens gar nicht im Wege. Der §. 202 handelt nämlich keineswegs von der Frage, ob ein Expertengutachten überhaupt den Parteien zur Kenntniß zu bringen sei, sondern er enthält Vorschriften darüber, in welchem

Zeitpunkte des Streites das Expertengutachten wirklich geltend gemacht werden könne. Bezüglich des letztern Punktes versteht es sich nun aber von selbst, daß die Geltendmachung eines bloß vorsorglich und eventuell aufgenommenen Beweismittels erst dann stattfinden kann, wenn der wirkliche Streit, für welchen es vorläufig erhoben worden, so weit gediehen ist, daß überhaupt von einer Beweisführung oder Beweisantretung die Rede sein kann. U. v. 3. Sept. 1857.

514. Sachverständigen wurde die Frage zu lösen aufgegeben, auf welche Weise ein durch Erstellung einer Baute versperrtes Wegrecht wieder hergestellt werden könne. Die Sachverständigen (drei an der Zahl) erstatteten ein übereinstimmendes Gutachten und legten über die Herstellung einer neuen geeigneten Weganlage zwei verschiedene Projekte vor, welche sie unter Angabe der Gründe als dem Zweck des bisher bestandenen, aber überbauten Weges vollkommen entsprechend bezeichneten. Die eine Partei, mit dem Resultate der Expertise nicht zufrieden, verlangte nun, daß eine neue Begutachtung stattfinde und zu dem Behufe andere Sachverständige bezeichnet werden.

Dieses Begehren läßt sich aber durch die Vorschriften der Prozeßordnung über den Beweis durch Sachverständige nicht begründen. Nach §. 216 l. c. wird zu einem vollständigen Beweise durch Sachverständige, wenn deren drei ernannt worden, das übereinstimmende Gutachten von zwei derselben über jede zu erweisende Eigenschaft der Streitsache erfordert. Im Falle haben somit die Sachverständigen, da über das ihnen vorgelegte Thema alle drei übereinstimmend sich ausgesprochen, ihre Aufgabe vollkommen gelöst und ist daher weder laut §. 206 noch laut §. 217 der P.-O. (auf welche Gesetzesvorschriften das Begehren gestützt werden wollte) die Ernennung anderer Sachverständiger zulässig. Die erstere Vorschrift kann nämlich nicht zur Anwendung kommen, weil die Sachverständigen vom Richter selbst, nicht aber von den Parteien bezeichnet worden; die letztere Vorschrift setzt voraus, daß die Sachverständigen sich nicht in der gesetzlichen Zahl zu einer Ansicht haben vereinigen können, während erwähnter Maßen in der Begutachtung der streitigen Frage alle drei Sachverständigen übereinstimmen. U. v. 22. Okt. 1859.

Sechster Titel.

Von dem Haupteide.

§§. 231—245.

515. Ein um Bezahlung einer bestimmten Summe belangter Schuldner anerkannte, noch bezüglich eines Theils der Forderung im Rückstande zu sein, behauptete aber, daß an die fragliche Schuld mehr bezahlt sei, als von Seite des Klagetheils in Rechnung gebracht werde, er somit nicht mehr so viel schulde, als eingeklagt worden und anerbot den diesfälligen Beweis durch den negativen Haupteid des Klagetheils, indem er verlangte, dieser solle schwören, wie viel und zu welcher Zeit an die Schuld bezahlt worden.

Die verlangte Beweisführung ist unstatthaft. Der §. 234 der P.=O. schreibt vor, daß der Haupteid nur über bestimmte Thatsachen aufgetragen werden kann. Als eine solche Thatsache kann aber die Meinung oder die angebliche moralische Ueberzeugung des Beklagten, daß an die fragliche Schuld mehr bezahlt worden, als der Kläger in Rechnung gebracht habe, nicht angesehen werden, sondern lediglich als eine Vermuthung, der unter Umständen keine rechtliche Bedeutung zukommt.

Wer einer Forderung die Einrede theilweiser Zahlung entgegenstellt, hat den Betrag der geleisteten Zahlung bestimmt anzugeben und kann nur eine bestimmte Zahlungsangabe Gegenstand der Beweisführung sein. U. v. 6. Juni 1860.

516. Will derjenige, dem der Haupteid aufgetragen worden, erklären, daß er einzelne in der Eidesformel vorkommende Thatsachen als wahr anerkenne, so muß dies an der Beweis=Antretungstagfahrt geschehen, später ist eine solche Erklärung nicht mehr zulässig.

U. v. 12. März 1856.

517. Als der Beklagte zum Beweise einer Einrede, womit er die Klage zu entkräften suchte, sich auf Zeugen berufen, bekämpfte der Kläger die Zulässigkeit dieses Beweises mit der Einwendung, daß die von dem Beklagten genannten Zeugen wegen der Zeugnißabgabe ein Versprechen auf Belohnung erhalten und angenommen haben und beantragte zur Erwahrung seiner Einwendung den Beweis durch den negativen Haupteid des Gegners, der ihm auch zugesprochen wurde.

Bei der Beweisantretungstagfahrt gab der Beklagte die unbedingte Erklärung ab, daß er bereit sei, die Negative der klägerischen Behauptung zu beschwören; an der darauf folgenden Tagfahrt zur Eidesleistung selbst sprach er sich dann aber dahin aus, daß er nur hinsichtlich des einen Zeugen den Eid ausschwören werde und er demnach um angemessene Modifikation der Eidesformel nachsuche.

Dem Begehren um die Modifikation wurde jedoch nicht entsprochen, man fand nämlich: Der Kläger habe den ihm zuerkannten Beweis bei der zur Beweisantretung angesetzten Tagfahrt förmlich angetreten und der Beklagte, der nach Mitgabe der §§. 237 und 239 berechtigt gewesen, bei dieser Tagfahrt den ihm aufgetragenen Haupteid anzunehmen oder zurückzubieten oder sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, oder auch einzelne in der Eidesformel enthaltenen Thatsachen als wahr anzuerkennen, den Eid unbedingt und daher über den ganzen Inhalt des Schwörsatzes angenommen. Eine Abänderung oder Modifikation des Beweissatzes sei nun aber verspätet und ohne die Zustimmung beider Theile nicht mehr zulässig. Das Gesetz verlange eben, daß die Abgabe einer diesfälligen Erklärung an der Beweisantretungstagfahrt stattfinde (§§. 236, 237, 239 und 243 der P.-O.).

U. v. 3. März 1854.

518. In einem Forderungsstreite wurde dem Pfleger eines in Nordamerika Abwesenden von Seite der Gegenpartei der Haupteid über eine Thatsache aufgetragen, bei welcher nur der Abwesende selbst gehandelt hatte, also weder der Pfleger, noch die Gegenpartei. Der Pfleger bot letzterer den Eid zurück und da diese Zurückbietung bestritten wurde, so war zu prüfen, ob der Pfleger dazu berechtigt sei. Das Obergericht erachtete die Zurückbietung als zulässig.

Das Recht zur Eideszurückbietung, so fand man, bilde die Regel und komme nur dann nicht zur Anwendung, wenn die zu beschwörende Thatsache einzig die Handlung des Eidesdelaten, hier also des Pflegers sei; daraus folge, daß, weil der Pfleger bei der zu beschwörenden Thatsache gar nicht gehandelt, ihm das Recht zur Zurückbietung zustehen müsse. Der Umstand, daß auch die Gegenpartei, der Eidesdeferent, ebenfalls nicht bei der zu beschwörenden Thatsache mitgewirkt habe, komme nicht in Betracht, da die Befugniß der Eideszurückbietung nicht von den Folgen abhängig sei, welche sie für seinen Prozeßgegner haben könnte.

Von letzterem werde aber eingewendet, die Frage, ob der Pfleger den Eid zurückzubieten berechtigt sei, dürfe nicht aus seinen — des

Pflegers — Verhältnissen zum Streitgegenstande, sondern aus den Verhältnissen des von ihm vertretenen Mündels beurtheilt werden.

Allein diese Argumentation sei nicht stichhaltig. Allerdings repräsentire der Pfleger den in Nordamerika befindlichen Mündel als jetzige Prozeßpartei, indem er Namens desselben prozessualische Handlungen vornehme. Wenn aber sein Gegner ihm (dem Pfleger) und nicht dem Schutzbefohlenen den Haupteid auftrage, so müsse eben die Eidesleistung als seine eigene Handlung angesehen werden. Würde er z. B. wissentlich falsch schwören, so könnte er sich gegenüber einer Anklage wegen Meineids offenbar nicht damit ausreden, daß er nur als Repräsentant des Abwesenden falsch geschworen und also der letztere strafrechtlich zu belangen sei. U. v. 1866.

519. Durch rechtskräftiges Beweisurtheil wurde dem Beklagten, gegen den eine Forderung geltend gemacht werden wollte, gestattet, die von ihm behauptete Bezahlung dieser Forderung durch den Haupteid der Gegenpartei zu leisten. Bei der Eidesleistungstagfahrt erschien der wegen Geisteskrankheit bevormundete Kläger nicht, wohl aber dessen Vormund, der sich anerbot, an der Stelle seines Mündels den Eid auszuschwören. Dieser Eidesleistung widersetzte sich nun aber der Beklagte und provocirte einen Zwischenstreit, der letztinstanzlich dahin entschieden wurde, daß der Vormund nicht berechtigt sein soll, am Platz des Klägers zu schwören. Es frug sich nun, welches die rechtlichen Folgen davon seien, daß der von dem Beklagten angetretene Beweis nicht ausgeführt werden konnte.

Anerkanntermaßen war der Kläger schon seit Anbeginn des Prozesses geisteskrank gewesen; es hätte ihm daher als einem Eidesunfähigen der Haupteid von Anfang an nicht aufgetragen werden sollen. Diese Thatsache wurde freilich erst im Beweisverfahren selbst, nämlich eben beim Beweisantritt gerichtskundig. Es wurde nun angenommen, dieses Sachverhältniß schließe von vorneherein die Anwendbarkeit der — ganz andere Verhältnisse voraussetzenden Bestimmungen der §§. 267 und 268 der P.-O. aus und nöthige vielmehr zu der Schlußfolgerung, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber ein Beweismittel gewählt habe, welches vermöge der Eidesunfähigkeit desselben ein von Anfang an untaugliches und nicht zum Ziele führendes gewesen sei. Es ist gerade so, wie wenn sich der Beklagte zur Begründung seiner Einredebehauptung auf Zeugen berufen hätte, die gar nicht existirten oder vor Beginn des Prozesses schon verstorben gewesen wären.

Von diesen Betrachtungen ausgehend fand das Obergericht die Einrede der Zahlung als nicht bewiesen, entgegen der bezirksgericht-

lichen Auffassung, welche die Vorschrift des §. 245 in diesem Fall als zutreffend erachtet hatte. U. v. 24. Aug. 1869.

Achter Titel.

Von dem Offenbarungseid.

§§. 249—252.

520. F. R. stellte als Erbe am Nachlasse seiner verstorbenen Schwester gegenüber einem Miterben, gestützt auf die Behauptung, daß letzterer der Erblasserin für einen ihm, dem Kläger, nicht genau bekannten Betrag eine Schuldschrift ausgestellt habe, die aber bei der Erbtheilung nicht habe zu Tage gebracht werden wollen — das Klagbegehren: Der Beklagte sei zu verhalten, die fragliche Handschrift in ihrer Größe anzugeben und die Wahrheit seiner Angabe zu beschwören.

Hinsichtlich dieses auf Ausschwörung des Offenbarungseides gerichteten Begehrens, das das Bezirksgericht als unstatthaft verworfen, wurde letztinstanzlich befunden:

Das Klagbegehren beruhe auf der Voraussetzung, daß die Erblasserin wirklich eine Handschrift auf den Beklagten als Schuldner lautend, besessen habe. Die Richtigkeit dieser Voraussetzung sei nun zwar für einstweilen nicht bewiesen, es werde aber in der Klage und Replik auf den daherigen Beweis Bedacht genommen. In der Replik sei die Behauptung aufgestellt und darüber dem Beklagten der Haupteid zugeschoben, daß ihm der Beistand der Erblasserin die fragliche Schuldschrift übergeben habe und daß er, der Beklagte, selbst bei Aufnahme der Inventur die Existenz der Handschrift anerkannt und nur die Zahlung derselben behauptet habe. Dieser Beweisantrag sei von Erheblichkeit für den Entscheid des waltenden Streites; denn wenn derselbe gelinge und somit das Vorhandensein der Handschrift dargethan sei, so müsse der Beklagte so lange als Schuldner des darin angegebenen Betrages angesehen werden, bis er den Nachweis der Zahlung geleistet habe. Werde nun das Vorhandensein der fraglichen Handschrift dargethan, könne dieselbe aber nicht vorgelegt werden, bleibe somit der Betrag der Schuld dem Rechtsnachfolger des Gläubigers unbekannt, so bestehe für den Schuldner die rechtliche Verbindlichkeit, die Größe dieses Betrages anzugeben. Diese Verbindlichkeit finde einen gesetzlichen Haltpunkt in der Vorschrift des §. 249 der P.-O. U. v. 2. Juli 1861.

521. Gegen M. M., welcher wegen Nichthaltung eines Eheversprechens um volle Genugthuung belangt wurde, machte die Klägerin geltend, daß er ein reines Vermögen von Fr. 5000 besitze und anerbot, den Beweis hiefür durch den Offenbarungseid und Experten zu erbringen, d. h. sie verlangte, daß er sein Vermögen, liegendes und fahrendes, so wie die darauf haftenden rechtmäßigen Schulden, eidlich angebe und daß das angegebene Vermögen durch Sachverständige geschätzt werde.

Die Anwendung des §. 249 der P.-O., der den Begriff des Offenbarungseides enthält, setzt nun aber voraus, daß Jemand verpflichtet sei, Vermögen anzugeben. Dies ist der Fall, wenn Jemand einen direkten Anspruch auf das anzugebende Vermögen besitzt, wie z. B. der Erbe oder Miterbe im Bezug auf das zur Erbsmasse gehörende Gut, der Geldstagsgläubiger im Bezug auf verheimlichte Bestandtheile des Massavermögens. Ein solches Rechtsverhältniß besteht aber unter den Parteien nicht, indem der Klägerin lediglich eine Entschädigungsforderung zusteht. U. v. 3. Oktober 1864.

522. Die Erben der einen Hälfte des Nachlasses des verstorbenen J. M. stellten gegen dessen Wittwe, der die andere Hälfte sowie die Nutznießung der ganzen Verlassenschaft zugefallen, das Begehren um Manifestation und verbanden damit auch dasjenige, alle auf das fragliche Vermögen bezügliche Akten vorzulegen. Die Wittwe war der Ansicht, daß das Gesetz sie nicht verpflichte, diesem Begehren Folge zu geben.

§. 249 der P.-O. spricht nun freilich nur davon, daß der Manifestationspflichtige das Vermögen anzugeben und seine Angaben zu beschwören habe und ist von der Vorlage der Papiere daselbst nichts gesagt. Allein daraus folgt noch keineswegs, daß das bezügliche Klagbegehren der Begründung entbehre, da diese nicht bloß in den Vorschriften über den Offenbarungseid gesucht zu werden braucht, sondern in anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen oder in Ermanglung solcher in der Natur der Sache liegen kann. Die letztere führt nun vorab zur Anschauung, daß derjenige, welcher die Berechtigung hat, von jemanden die Angabe eines Vermögensbestandes und die eidliche Bekräftigung derselben zu verlangen, wohl auch befugt ist, Vorlage und Einsicht derjenigen Dokumente zu verlangen, welche über das Vermögen Aufschluß geben. Will man sich mit dem Formengrund behelfen, daß das Begehren um Vorlage der fraglichen Papiere in das Gewand eines Editionsgesuches hätte gebracht werden sollen, so ist ein solcher Grund nicht stichhaltig; es ist nicht einzusehen, warum das Begehren nicht auch im Klagschluß angebracht werden

darf; jedenfalls geht es nicht an, die materielle Berechtigung einer bloßen Förmlichkeit zum Opfer zu bringen, falls vom Gesetz selbst dieser Nachtheil nicht an die Außerachtlassung derselben geknüpft wird.

U. v. 16. September 1870.

523. Mit dem Gesuche um Testamentsaufhebung vereinigte ein Erbe gegenüber zwei Miterben, welche noch längere Zeit, nachdem sie volljährig geworden, mit dem Erblasser zusammengelebt und theils gemeinschaftlich mit demselben, theils für sich allein akkordweise Arbeiten übernommen, das Begehren: Diese beiden Erben seien schuldig anzugeben, was ihnen außer dem auf dem Inventar stehenden Vermögen als weiteres Vermögen des Erblassers bekannt sei; sie haben auch zu erklären, was sie bei Leben des Vaters auf den von ihnen erworbenen Liegenschaften abbezahlt und welche Vermögensobjekte sie als Sondergut für sich in Anspruch nehmen, welche Angaben sie eidlich zu bekräftigen haben.

Der zweite Theil dieses Begehrens läßt sich nicht rechtfertigen; es ist nämlich nicht zulässig, das Manifestationsbegehren auch auf das auszudehnen, was sie bezüglich der von ihnen erworbenen Liegenschaften abbezahlt und was sie als ihr Sondereigenthum erklären.

Die vorwürfigen Verhältnisse berechtigen allerdings den Kläger, von den Beklagten die Manifestation im Sinne der Vorschrift des §. 249 der P.-O. anzubegehren, d. h. zu verlangen, daß sie weiteres auf dem Verlassenschaftsinventar nicht bezeichnetes Vermögen ihres Vaters angeben und ihre Angaben auf Begehren eidlich beschwören. Die daherige Pflicht führt die Beklagten von selbst dazu, daß sie, wenn auf ihren Namen eingefertigte Liegenschaften oder auch von ihnen besessene Beweglichkeiten theilweise oder ganz aus Vermögen, das dem Vater angehört, bezahlt worden wären, dieses vor dem Eidschwur offenbaren und sich entweder als Schuldner der Erbschaft für die betreffenden Beträge bekennen oder aber die Liegenschaften selbst den Erben ihres Vaters überlassen. Die Pflicht aber, ihre eigenen Vermögensverhältnisse darzulegen, läßt sich aus der angeführten, ohnehin singulären Gesetzesbestimmung nicht herleiten. U. v. 20. Oktober 1870.

Zehnter Titel.

Allgemeine Vorschriften über die Eide.

§§. 256—264.

524. §. 263 der P.-O. bezeichnet die Fälle, in welchen ein Eid durch einen Dritten, der am Rechtsstreit nicht Antheil nimmt, geschworen werden kann; die daselbst statuirte Ausnahme findet namentlich ihre Anwendung auf den Vertreter und Rechtsvorgänger einer Partei, also auch auf den Cedenten einer Forderung.

Allein die erwähnte Gesetzesvorschrift räumt diese Befugniß nur ein mit Bezug auf die in den §§. 138, 161, 231 und 253 bezeichneten Eide, jedoch nicht auch mit Bezug auf den Editionseid und kann daher schon aus diesem Grunde dem Begehren des Editionsklägers, daß nicht nur der Gegner, der eine ihm cedirte Forderung einklagt, sondern auch der Cedent den Editionseid leiste, nicht stattgethan worden, indem eine ausnahmsweise Bestimmung des Gesetzes sich nicht analog auf andere Fälle ausdehnen läßt. U. v. 17. Februar 1859.

525. Handelsleute, denen der Beweis einer Forderung vermittelst des Erfüllungseides zum Hausbuche gestattet worden, gaben an der Beweisantretungstagfahrt die Erklärung ab, daß sie den fraglichen Eid durch ihren Buchführer schwören lassen und legten über dessen Stellung ein gemeinderäthliches Zeugniß ein. Der Beklagte bestritt die Ausschwörung des Erfüllungseides durch den Buchführer als unzulässig und zwar aus dem Grunde, weil weder der betreffende Kontokurrent noch die Fakturen die Unterschrift des Buchführers trügen und weil der bezüglich des Buchführers beigebrachte Ausweis als verspätet zu betrachten sei.

Der §. 263 der P.-O. schreibt vor, daß dem Beweisführer gestattet sei, die in den §§. 138, 161, 231 und 253 bezeichneten Eide, sonach auch den erwähnten Ergänzungseid durch einen Dritten schwören zu lassen, wenn nämlich Thatsachen Gegenstand des Eides sind, bei welchen der Dritte ohne Beisein der Partei gehandelt und zugleich Bevollmächtigter dieser letztern gewesen ist. Der Buchführer handelte nun in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten der Kläger, welchen die letztern durch die genannte Bescheinigung als solchen dargegeben. Mit Grund bezeichnete sie ihn als einen Bevollmächtigten, da derselbe auch nach dem Gesetze als solcher erscheint. §. 767 des a. b. G. Freilich wurde die diesfällige Bescheinigung vom Beklagten als zu spät eingereicht er-

klärt; allein mit Unrecht, denn die P.-O. enthält nirgends die Vorschrift, daß schon im Instruktionsverfahren die fragliche Eigenschaft ermittelt werden müsse.

Aber auch der Einwurf, daß der Buchführer weder den Kontokurrent noch die Fakturen unterzeichnet, ist unbehelflich, indem es in der Willkür der Kläger gelegen, dies ihrerseits selbst zu thun, oder durch den Buchhalter geschehen zu lassen. U. v. 9. Juni 1863.

526. Die Brüder A, B und C, Miteigenthümer eines Grundstücks (einer Wiese) machten das Begehren anhängig: Die von ihnen geltend gemachte Grenzlinie zwischen ihrem Grundstück und demjenigen des Nachbars sei auch vom letztern als solche anzuerkennen. Da ein Zeuge die Richtigkeit der Thatsache, daß das Grundstück von dem Kläger stetsfort bis zur behaupteten Linie benutzt worden sei, bestätigt und einer der drei Kläger zu den Zeugenaussagen den Erfüllungseid geleistet, wurde die Erörterung der Frage nothwendig, ob der nur von einem Kläger geleistete Erfüllungseid auch für die beiden andern wirksam sei, mit andern Worten, ob man es im Falle mit einem untheilbaren Streitobjekt zu thun habe. (§. 264, Lemma 2 der P.-O.).

In dieser Beziehung fand man: Die Klage qualifizire sich als Grenzscheidungsklage, denn das Streitverhältniß betreffe die Grenzlinie zwischen zwei Grundstücken; diese Grenzlinie könne aber nach einer Richtung hin immer nur eine und dieselbe sein, auch wenn eines dieser Grundstücke, wie dasjenige der Kläger im Miteigenthum mehrerer sich befinde. So lange dieses Verhältniß obwalte und eine reale Theilung nicht erfolgt sei, könne immer nur von einer Grenzlinie gesprochen werden, welche unter den Miteigenthümern in ihrem Verhältniß zu den Nebenbesitzern durchaus untheilbar sei. Darin liege gerade der rechtliche Charakter des Miteigenthums nach idealen Quoten, daß nach außen hin für alle Miteigenthümer nur eine untheilbare Grenzlinie bestehe, während bei der reellen Theilung jede Quote ihre besondern Grenzen erhalte.

Habe man es aber im Falle mit einem untheilbaren Streitobjekte zu thun, so müsse der von einem Miteigenthümer geleistete Erfüllungseid auch den übrigen Miteigenthümern zu statten kommen.

U. v. 3. April 1861.

§§. 265 u. 266.

527. In einem Streite der Gemeinde Baden, Klägerin gegen die Gemeinde Bellikon, Beklagte, wurde der erstern der Beweis einer Thatsache durch den negativen Haupteid der letztern auferlegt. Bei der Beweisantretungstagfahrt schlug die Beklagte 4 Personen zur Eidesleistung vor, die Klägerin aber begehrte, daß der Eid einer größern Zahl von Personen auferlegt werde.

Nachdem das Gericht die Zahl der Schwörenden vermehrt, nämlich nebst den 4 von der Beklagten genannten Selbstzeugen noch weitere von der Klägerin angegebene 25 Personen als solche bezeichnet, verlangte die Gemeinde Bellikon berufungsweise die Abweisung des Vorschlages der Gemeinde Baden.

Das Obergericht verwarf aber das Berufungsbegehren mit der Erwägung:

Der §. 265 der P.-O. laute: „Soll eine Gemeinde oder Körperschaft einen Eid leisten, so ernennt sie hiezu einige, der zu beschwörenden Thatsachen am besten kundige Mitglieder; die Gegenpartei hat das Recht, die Ernennung Anderer zu begehren, wenn die Ernannten nicht von unbescholtenem Rufe oder nicht aus der Zahl derjenigen sind, welche von den zu beschwörenden Thatsachen die beste Kunde haben. Sind die Parteien über die Personen und ihre Zahl uneinig, so entscheidet der Richter.“ Die Beklagte lege nun in diese Vorschrift den Sinn, daß die Gegenpartei unter Umständen wohl die Befugniß habe, an der Stelle der Vorgeschlagenen die Ernennung Anderer zu begehren, leite dann aber aus der Thatsache, daß die Klägerin gegen die vier bezeichneten Männer von Bellikon keine Einwendung erhoben, die Folge ab, daß es bei diesem Vorschlag sein Verbleiben haben müsse und eine Vermehrung der Eidesleistenden nicht zuläßig sei. Diese Interpretation des Gesetzes sei jedoch nicht richtig; denn wenn es der beweisführenden Partei gestattet sei, den Vorschlag des Gegners in der Weise zu bekämpfen, daß er statt der Vorgeschlagenen die Ernennung ganz anderer Personen verlangen könne, so müsse ihr auch das Recht zukommen, neben den von der Gegenpartei Vorgeschlagenen noch solche zu bezeichnen, von denen sie selbst vermuthen oder erwarten dürfe, daß sie die beste Kunde von der zu beschwörenden Thatsache hätten. Durch dieses Recht des beweisführenden Theils werde die Gegenpartei nicht verletzt, gegentheils müßte es als eine Gefährdung des Beweisführers erscheinen, wenn er an die willkürlich beschränkte Auswahl der Schwörenden von Seite des Gegners gebunden wäre. Die Entscheidung der Streitfrage liege aber

jedenfalls klar im zweiten Satze des §. 265, wornach bezüglich der Personen und deren Zahl nicht nur der Produkt, sondern auch der Produzent zu Vorschlägen befugt erscheine. U. v. 30. Mai 1855.

528. Ein Bürger, der seine Heimathgemeinde für Leistungen, welche er für dieselbe gemacht zu haben behauptete, um Bezahlung einer Summe Geldes belangte, hatte seine Klage durch den negativen Haupteid dieser Gemeinde aufrecht zu stellen und hatte daher die letztere zu schwören, es sei ihres Wissens und Erinnerns nicht wahr, daß die klägerisch behaupteten Leistungen für sie stattgefunden. Die Gemeinde ernannte nun nach Anleitung von §. 365 der P.-O. einige Bürger, welche in ihrem Namen den Eid leisten sollten. Von denjenigen, welchen die Eidesleistung übertragen wurde, — es waren dreizehn an der Zahl, — hatten sechs geschworen, sieben dagegen die Eidesleistung abgelehnt.

Es war nun die Frage zu entscheiden, ob dem Kläger der Beweis seiner Klage gelungen sei, bezüglich welcher man Folgendes als entscheidend ansah: Die Antwort auf diese Frage ergebe sich aus dem Begriff und Wesen der Gemeinde und aus dem Rechtsverhältniß, worin die Eidesausgeschossenen zur Gemeinde stünden. Die Gemeinde sei eine juristische Person, und diese ideale, nur im Begriffe bestehende Persönlichkeit und ihre Rechtsverhältnisse müßten wohl unterschieden werden von den einzelnen physischen Personen, die ihr zur Zeit angehören. Wenn nun die Gemeinde als rechtliche Persönlichkeit einen Eid zu leisten habe und zu diesem Zwecke eine bestimmte Zahl von Ausgeschossenen als ihre Vertreter bezeichne, so seien diese Ausgeschossenen unter sich nicht etwa als Streitgenossen anzusehen, zumal sie keine eigenen Rechtsansprüche zu vertreten hätten, sondern sie seien, vermöge ihres rechtlichen Begriffs und ihrer Zweckbestimmung, nur als die einheitliche Repräsentation der ebenfalls als einheitliche rechtliche Persönlichkeit gedachten Gemeinde zu betrachten. So wenig nun die Gemeinde (als rechtliche Person) gegenüber Dritten in einem gegebenen Momente einen getheilten Willen haben könne und getheilte rechtliche Handlungen widersprechender Natur vorzunehmen im Stande sei, ebensowenig könnten auch diejenigen solche getheilte und einander widersprechender Handlungen im rechtlichen Sinne des Wortes gültig vornehmen, welche am Platze der Gemeinde stünden, d. h. die Eidesausgeschossenen. Wenn daher die Eidesleistung und die darin liegende Willensäußerung der Gemeinde gegenüber Dritten wirksam sein sollte, so müßte die Handlung selbst eine einheitliche und die Willensäußerung eine ungetheilte sein, d. h. **der Eid müßte von allen denjenigen geschworen werden, die vor dem Richter das sichtbare Bild der rechtlichen Persönlichkeit der Gemeinde darstellen.** U. v. 14. März 1861.

529. Wenn nach §. 265 der P.-O. eine Körperschaft einen Eid durch mehrere Mitglieder zu leisten hat, dieser Eid aber nicht von Allen geschworen wird, so muß er als überhaupt nicht geleistet betrachtet werden. U. v. 13. Februar 1856.

§§. 267—269.

530. Gegen die Klage auf Rückzahlung eines Darleihens vertheidigte sich der Beklagte mit der Einrede, daß er auf Rechnung Abschlagszahlungen gemacht und daß zwischen ihm und dem Kläger ein Abkommen stattgefunden, demzufolge die eingeklagte Forderung als getilgt angesehen werden müsse, worauf ihm, dem Beklagten, der Beweis dieser Einrede durch den negativen Haupteid des Klägers aufgetragen worden.

Als die Beweisantretung stattgefunden und der Beklagte von Seite des Klägers die Eidesleistung anbegehrt, entstanden über die Schwörfähigkeit des Klägers Bedenken; es erklärte der Beklagte den Kläger an der zur Eidesleistung bestimmten Tagfahrt als unzurechnungsfähig und unter Berufung auf §. 172, lit. b der P.-O. als eidesunfähig.

Das Bezirksgericht sah sich hiedurch veranlaßt, ein gerichtsärztliches Gutachten über das Geistes- und Sinnesvermögens des Klägers einzuholen, welches dahin geht: Der Kläger leide in hohem Grade an Verstandesschwäche, welche mit dem in der gerichtsärztlichen Sprache üblichen Namen „Dumheit" zu bezeichnen sei, keineswegs aber leide er an Blödsinn. Diesem Gutachten zufolge erklärte das Bezirksgericht den Kläger unfähig, einen Eid zu schwören, weßhalb denn auch die Eidesleistung unterblieb.

Handelt es sich nun um Ausfüllung des Haupturtheils, so muß *der Klagschluß zugesprochen werden, es ist nämlich der Beweis der beklagtischen Einrede als mißlungen, d. h. der dem Kläger aufgetragene Haupteid nach §. 267 der P.-O. als geleistet anzusehen.* Diese Bestimmung lautet: „Jeder durch Urtheil aufgetragene oder zurückgebotene Eid wird als geleistet angenommen, wenn die Partei, die ihn leisten soll, persönlich oder durch einen dazu besonders Bevollmächtigten sich anerboten hat, den Eid leisten zu wollen und wegen ergriffener Rechtsmittel oder wegen anderer vom Gegner herrührender Verhinderung die Abschwörung nicht vor sich gegangen und die Partei seither verstorben oder jetzt wegen Zerrüttung der Geisteskräfte nicht mehr im Stande ist, den Eid zu leisten." Von diesen Voraussetzungen trifft nun die erstere zu, indem der Kläger durch

seinen Anwalt vor Gericht die Erklärung abgegeben, daß er den Eid zu leisten bereit sei. — Aber auch die zweite Bedingung — Verhinderung der Eidesleistung durch den Beklagten — ist als vorhanden anzunehmen. Die Ursache der Nichtleistung des Eides, zu dessen Abschwörung der Kläger bereit gewesen, liegt in dem beklagtischen Begehren, daß der Kläger als eidesunfähig erklärt werde; die Verhinderung rührt also vom Beklagten her. Zwar fordert der §. 267 als Bedingung seiner Anwendbarkeit ferner, daß die Unfähigkeit der Eidesleistung erst nach der Eidesannahme eingetreten sei. Aber auch diese Bedingung ist im Falle zutreffend. Die Vermuthung spricht nämlich für die geistige Gesundheit jedes Menschen. Nach §. 259 b. sind nur Blödsinnige und Geisteskranke zu einem Eide unfähig. Laut dem gerichtsärztlichen Gutachten ist der Kläger weder blödsinnig noch geisteskrank, sondern bloß schwach am Verstande. Materill ist Kläger also im Sinne des Gesetzes nie eidesunfähig gewesen, die Unfähigkeit besteht nur formell infolge des rechtskräftigen Zwischenerkenntnisses, welches der Beklagte durch sein auf das ärztliche Gutachten gegründetes Begehren hervorgerufen und diese formelle Unfähigkeit ist erst **nach** der Eidesannahme eingetreten.

U. v. 19. Oktober 1858.

531. Der Beweisführer, dem durch Interlokut der Erfüllungseid zu einer Zeugenaussage vorbehalten worden, starb im Laufe des Beweisverfahrens und hatte man infolge dessen zu prüfen, ob der Erfüllungseid als geleistet oder als verweigert zu betrachten sei.

Der §. 267 der P.-O. bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Richter einen durch Urtheil aufgetragenen oder zurückgebotenen Eid als geleistet anzusehen habe, wenn die Partei, die denselben leisten sollte, vor der zur Eidesleistung bestimmten Frist gestorben ist. Im Fragefall war dem betreffenden Beweisführer der Erfüllungseid für den möglichen Fall genügender Zeugenaussagen nur erst **vorbehalten** worden. Es konnte daher von einem aufgetragenen und angenommenen Eid im Sinne des §. 267 gar nicht gesprochen werden; überhaupt findet dieser Paragraph auf das vorliegende Verhältniß keine Anwendung. Der vor dem Schluß des Beweisverfahrens erfolgte Hinscheid des Beweisführers ist eben rechtlich betrachtet als Zufall zu bezeichnen, dessen nachtheilige Folgen nach dem Gesetz die Rechtsnachfolger desjenigen treffen, in dessen Person er sich ereignete. Ohnedies ist es geboten, die jedenfalls exzeptionelle Bestimmung, daß ein aufgetragener aber nicht geschworener Eid dennoch als geleistet anzusehen sei, in sehr engen Schranken zu halten.

U. v. 12. März 1866.

532. Gegen S. N., welcher einen von den Beklagten ihm aufgetragenen negativen Hauptеid geschworen, wurde die Einleitung einer strafrechtlichen Untersuchung wegen angeblich falscher Eidesleistung anbegehrt. Die titl. Staatsanwaltschaft erließ nach stattgehabten amtlichen Verhören die Verfügung: Es sei der Untersuchung keine weitere Folge zu geben, dagegen den Anzeigern gutfindend zu überlassen, ob und in welcher Weise sie ihrem Gesuch um Entkräftung des in Frage stehenden Eides als eines objektiv unrichtigen Geltung verschaffen wollen. Hierauf richtete die beklagte Partei an das Bezirksgericht das Begehren, daß der vom Kläger geleistete Haupteid als objektiv irrig oder unrichtig aufgehoben werde, worauf der Kläger dann das Ansuchen anbrachte, daß nun nach geschlossenem Beweisverfahren zur Ausfällung des Haupturtheils geschritten werden wolle. Als die Parteien über dieses Gesuch des Klägers vor Bezirksgericht mündlich verhandelt, erkannte die letztere Behörde in dessen Verwerfung: Der Streit sei auf so lange sistirt, bis die Frage, ob der erwähnte Eid ein unrichtiger sei oder nicht, entschieden sein werde. —

Im Falle war jedoch die Sistirung des Prozesses nicht begründet, sondern das Verlangen auf sofortigen Erlaß des Haupturtheils vollkommen gerechtfertigt.

Eine Einstellung des Civilverfahrens auf den Antrag einer Partei und gegen den Willen der andern, welche ein Recht auf ungesäumte Fortsetzung der Verhandlung besitzt, läßt sich nur durch positive gesetzliche Vorschriften und zwingende Gründe der Nothwendigkeit motiviren. Die §§. 164, 165 und 166 der P.-O. enthalten zwar die Vorschrift, daß wenn die formelle Beweiskraft von Urkunden aus zureichenden Gründen angefochten und auf dem Untersuchungswege geprüft wird, die Verhandlung des Rechtsstreites bis zur Erledigung der Untersuchung ausgesetzt bleiben soll. Allein diese spezielle Vorschrift darf nicht willkürlich auf den Haupteid, mit dessen Abschwörung das Beweisverfahreu zum Abschluß gekommen ist, ausgedehnt werden; §. 361 d giebt das einzige, aber vollkommeu genügende Rechtsmittel, die Wiederherstellung an die Hand, wenn das Urtheil auf Grund eines irrigen oder falschen Haupteides erlassen worden.

Wenn selbst dem Wiederherstellungsgesuch gemäß §. 365 im Bezug auf die Urtheilsvollstreckung keine aufschiebende Wirkung zukommt, so kann es noch viel weniger angehen, die Beurtheilung des Rechtsstreites wegen des Begehrens um Entkräftung eines geleisteten Haupteides zu verschieben. U. v. 10. Juni 1865.

Sechstes Hauptstück.

Von den besondern Verhandlungsarten.

Erster Abschnitt.

Von den vorsorglichen Verfügungen.

§§. 282--292.

533. Am 14. Nov. 1857 hatten die Besitzer der Mühlen zu Brittnau und Zofingen, sowie der beiden Mühlen zu Aarburg beim Gerichtspräsidium ein Verbot erwirkt, wodurch alles Wässern im Gebiete des Kantons Aargau mit Wasser, das von der Wigger herrühre, sowie alles Wasserabführen aus der Wigger und aus den daraus herrührenden Teichen oder aus allfällig andern Kanälen, die Wasser aus der Wigger enthalten, auf so lange, als der Wassermangel andaure, rechtlich untersagt worden.

Nachdem gegen dieses Verbot von den dadurch betroffenen Mattenbesitzern ein Rechtsdarschlag versetzt worden, verlangten die Mühlenbesitzer die Bewilligung einer provisorischen Verfügung mit dem Schlusse: Den Beklagten sei aufzuerlegen, daß sie zur Zeit, da in Folge Wassermangels das Wässern und Wasserabführen aus der Wigger und den dazu gehörenden Teichen verboten sei, auch sie, die Beklagten, sich dem daherigen Verbot zu unterziehen hätten.

Vergleicht man nun den Inhalt des Verbotes mit demjenigen des Gesuches um eine provisorische Verfügung, so erhellt sogleich, daß die Gesuchsteller durch die provisorische Verfügung erzwecken wollen, was ihnen durch den bewilligten Rechtsdarschlag entzogen worden, somit durch dieselbe den Rechtsdarschlag zu entkräften beabsichtigen, während ein Rechtsdarschlag nur auf petitorischem Wege angefochten werden kann. — Eine derartige provisorische Verfügung ist daher unzuläßig.

U. v. 2. August 1858.

534. Durch rechtskräftiges Urtheil wurde der vergeldstagte J. D. für eine gewisse Quote als Erbe seiner Mutter anerkannt; in Folge dessen verlangte er eine vorsorgliche Verfügung in dem Sinne, daß

jemand bestellt werde, die Liegenschaften der Erblasserin gehörig zu bepflanzen und zu besorgen, die Erträgnisse einzuheimsen oder zu versteigern und Rechnung abzulegen. — Das Bezirksgericht wies den Gesuchsteller auf Antrag des Gegners wegen mangelnder Legitimation ab, weil derselbe fallit geworden und noch nicht rehabilitirt sei.

Dabei wurde aber weder den konkreten Verhältnissen, noch dem Gesetze Rechnung getragen. Der Beklagte hatte in dem Prozesse, welcher zu dem erwähnten Urtheil geführt, den Gesuchsteller zur Stellung der Erbschaftsklage als legitimirt angesehen und kann er ihm daher die Legitimation zum Gesuche um Erlaß einer provisorischen Verfügung bezüglich der ihm zuerkannten Erbschaft nicht bestreiten. Daß übrigens auch Vergeldstagte befugt seien, Prozesse zu führen, hat nicht nur der Beklagte thatsächlich anerkannt, sondern folgt auch aus §. 390 der P.-O. in klarster Weise. U. v. 7. Okt. 1865.

535. Wenn der Richter in den Fall kommt, eine provisorische Verfügung aufheben zu müssen, so darf ihm die Befugniß zugestanden werden, in demselben Erkenntniß in gleicher Weise, wie beim Arrest, auch über die Verbindlichkeit zum Kosten- und Schadensersatz zu erkennen. Allein mit dem Urtheil, welches die provisorische Verfügung aufhebt und den Impetranten derselben grundsätzlich schadensersatzpflichtig erklärt, ist das summarische Verfahren erschöpft und abgeschlossen und es ist nicht zulässig, vermittelst eines „Rechtsfortsetzungsbegehrens" die quantitative Ausmittlung des Schadens, welche in der Regel einem weitläufigen, mit der Natur des summarischen Prozesses unvereinbaren Beweisverfahren ruft, der genau begrenzten summarischen Verhandlung zu annexiren. Jener Schaden muß vielmehr auf dem ordentlichen Civilweg festgesetzt werden. U. v. 19. Jenner 1871.

Zweiter Abschnitt.

Von der Aufforderung zur Klage.

§§. 293 u. 294.

536. Nach §. 294, lit. a der P.-O. findet die Aufforderung zur Klage wider denjenigen statt, der mündlich oder schriftlich behauptet, oder ausstreut, bestimmte Ansprüche gegen den Aufforderer zu haben, welche dieser nicht anerkennt.

Wird nun das Aufforderungsgesuch auf die Behauptung gegründet: Der Provokat habe wiederholt erklärt, verschiedene Ansprüche gegenüber

dem Provokanten zu haben, so namentlich für Arbeiten seiner Frau, ferner im Betreff des Geschäftes, welches sie eine Zeit lang zusammen betrieben, so ist die Provokation nicht als gerechtfertigt anzusehen. Die erwähnte Vorschrift verlangt als Bedingung der Provokation die Berühmung bestimmter Ansprüche, welches Prädikat den vom Provokaten behaupteten Ansprüchen nicht zukommt. U. v. 20. Dez. 1864.

537. J. W. hatte dem R. P. Liegenschaften abgekauft. Wie die Fertigung vorgenommen werden sollte, erhob ein Dritter, F. S., gegen die letztere Einsprache, indem er anbrachte, daß er dem R. P. die fraglichen Liegenschaften früher abgekauft und deßhalb bessere Rechte auf dieselben erworben habe. Als die Fertigung der Liegenschaften an J. W. gleichwohl stattgefunden, reichte der letztere, als nunmehriger Eigenthümer der Grundstücke, dem F. S. gegenüber auf Grund des §. 294, lit. a der P.-O. ein Provokationsgesuch ein, mit dem Schlusse: Dem Provokaten sei eine angemessene Frist zur Anbringung der Klage auf Aufhebung der Zufertigung der Liegenschaften zu bestimmen, welche Provokant von R. P. kaufsweise erworben ꝛc.

In der von F. S. bei der Fertigungsbehörde erhobenen Einsprache kann nun aber eine Berühmung gegen den Provokanten J. W. nicht erblickt werden. Der Protest des Provokaten stützt sich auf einen Kaufsvertrag, welchen derselbe hinsichtlich dieser Liegenschaften mit R. P. als Verkäufer abgeschlossen haben will. Durch diesen Vertrag ist für einmal nur zwischen dem Käufer F. S. und dem Verkäufer R. P. ein Rechtsverhältniß entstanden und kann daher der Anspruch des F. S. nur gegen den letztern, nicht aber auch gegen den Provokanten gerichtet sein, mit dem er nicht kontrahirte. Daß übrigens der Provokat nur im Sinne dieser auf dem Wesen der obligatorischen Rechtsordnung fußenden Erwägung die Fertigung zu verhindern suchte und einzig gegen den Verkäufer Ansprüche geltend machte, geht auch aus dem Wortlaute seiner Protestation hervor. U. v. 1. Febr. 1862.

§. 295.

538. Der Aussteller einer Schuldurkunde im Werthe von Fr. 1000 provozirte den angeblichen Gläubiger zur Klage, indem er vortrug: den Geldbetrag habe er niemals empfangen, weßhalb er dem Schuldtitel die Einrede des nicht zugezählten Geldes entgegenzuhalten gedenke. Da diese Einrede innert Jahresfrist von Ausstellung der Schuldurkunde an durch Verjährung erlösche, seit deren Errichtung aber bald ein Jahr

verstrichen sei, so sehe er sich genöthigt, den Inhaber der Urkunde zur Klagführung aufzufordern.

Der Provokat vertheidigte sich mit den Einwendungen, daß

a) nach Inhalt des §. 709 d. a. b. G. dem Provokanten selbst eine Klage zustehe und

b) das fragliche Kapital nicht fällig sei und daher noch nicht eingeklagt werden könne.

Ueber diese Einwendungen ergiebt sich und zwar

ad a. Der §. 709 des a. b. G. gebe allerdings demjenigen, welcher eine Schuldschrift ausgestellt, ohne dafür einen Gegenwerth erhalten zu haben, das Recht, entweder auf Aushingabe der Schuldschrift zu klagen, oder aber der Einforderung der Schuld die Einrede des Nichtempfangenen entgegenzusetzen. Hieraus ließe sich folgern, daß im Falle der Provokant selbst klagend auftreten könne. Allein aus §. 137 der P.-O. gehe hervor, daß die Verjährung derjenigen Frist, welche zur Geltendmachung der Einrede des nicht zugezählten Geldes gestattet sei, durch Anhebung der Aufforderungsklage unterbrochen werde, woraus erhelle, daß die Aufforderung zur Klage als statthaft erscheine.

ad b. §. 708 sei ins Auge zu fassen, welcher verordne, daß der Gläubiger den Schuldner nicht vor dem Eintritt des Verfalltages zur Rückerstattung des Darleihens anhalten können, diejenigen Fälle ausgenommen, in denen das Gesetz etwas anderes bestimmt. Unter die gesetzlichen Ausnahmsfälle, von denen im letzten Satze dieses Paragraphen die Rede sei, müsse auch derjenige gezählt werden, wo der Gläubiger zur Einklagung des Darleihens vom Schuldner selbst aufgefordert worden sei, zumal in einem solchen Falle das dem Schuldner zu seinem Vortheil eingeräumte Recht, erst nach der Verfallzeit zur Zahlung angehalten werden zu können, wegfallen müsse, indem er durch die Aufforderung zur Einklagung thatsächlich darauf verzichtet habe. U. v. 19. April 1854.

539. Jemand, der über das Grundstück eines andern gefahren und deßhalb von diesem vor dem Friedensrichter um Schadensersatz belangt wurde, behauptete bei diesem Anlasse, daß ihm ein Fahrrecht über das fragliche Grundstück zustehe. Der Eigenthümer des Grundstücks ließ hierauf gegen denselben die Aufforderung ergehen, daß er die behauptete Servitut auf dem Wege der Klage geltend mache.

Dieses Aufforderungsgesuch erzeigt sich als gerechtfertigt und ist die Einwendung des Provokaten, daß dem Provokanten, als Eigenthümer

des erwähnten Grundstücks, selbst eine Klage, nämlich die Negatorienklage, zustehe (§. 295 der P.-O.), nicht stichhaltig.

Nach §. 523 des a. b. G. streitet die rechtliche Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums und gegen die Dienstbarkeit. Dem Aufforderer, als Eigenthümer des Grundstücks, über welches der Aufgeforderte die Dienstbarkeit in Anspruch nimmt, kann es daher nicht zukommen, zum Schutze dieses seines Eigenthums klagend aufzutreten, weil die Freiheit desselben durch das Gesetz geschützt ist.

Dem Aufgeforderten steht die petitorische Klage zu und kann er nicht nach Willkür die Parteirollen verwechseln. U. v. 1860.

540. Der Käser J. Wütrich, der eine Zeit lang die Käserei in Spreitenbach betrieben, beabsichtigte, nachdem er dieses Geschäft aufgegeben, eine Anzahl von ihm verfertigter, in der Käsehütte gelegener Käse zu behändigen und abzuführen; die fragliche Käsereigesellschaft trat aber dem Käser hindernd in den Weg, auf die Behauptung gestützt: derselbe schulde ihr noch Fr. 510. 94 und nach Inhalt des Vertrages zwischen dem Käser und der Gesellschaft habe der erstere bis zur gänzlichen Befriedigung der Milchlieferanten sämmtliche Produkte dieser letztern zu überlassen.

Der Käser, der die erwähnte Forderung widersprach, erhob in Folge dessen gegen die Gesellschaft eine Provokationsklage, welche von dieser aus dem Grunde bestritten wurde, weil dem Aufforderer selbst eine Klage zustehe.

Bei rechtlicher Würdigung dieser Sachlage gelangt man zu folgendem Ergebniß: Die Voraussetzungen, unter welchen §. 294, a der P.-O. die Aufforderung zur Klage gestattet, sind im Falle unbestritten vorhanden. Es frägt sich aber, ob dem Aufforderer selbst die Klage gegen den Aufgeforderten gegeben sei (§. 295 der P.-O.). Die Käsereigesellschaft behauptet dies, indem sie geltend macht, daß der Provokant gegen sie eine Vindikations- und Schadensersatzklage erheben könne, in welchem Streite dann auch die Frage, ob die Forderung von Fr. 510. 94 richtig sei, erledigen werde.

Allein der §. 295 der P.-O. will die Provokation nicht immer dann ausgeschlossen wissen, wenn der Provokant sich in der Möglichkeit befindet, selbst angriffsweise gegen den Provokaten vorzugehen, sondern er will die Unzulässigkeit der Aufforderung bloß für den Fall, wenn dem Aufforderer selbst die Klage zusteht, mit a. W., wenn der Provokant berechtigt ist, dieselbe Klage, deren Anstellung er vom Provokaten verlangt, gegen diesen letztern zu führen, wie bei den judiciis duplicibus, bei Vindikationsansprüchen Mehrerer auf dieselbe Sache u. s. w. Ein

solcher Fall aber liegt offenbar nicht vor. Der Natur der Sache zufolge muß die fordernde Gesellschaft klagen und kann nicht dem Schuldner die Klägerrolle zukommen. U. v. 17. Jenner 1868.

541. Im Geldstage über Melchior Schleuniger von Klingnau wurde ein Guthaben desselben auf B. M. Dreifuß im Betrage von Fr. 600 auf das Vermögensverzeichniß genommen. Dieses Guthaben, welches noch nicht fällig gewesen, weil dem Vater des Geldstagers die lebenslängliche Benutzung desselben zugekommen, wurde als ein zweifelhaftes geldstagsrichterlich versteigert und von J. Häfeli erstanden, der es sodann dem Jakob Guggenheim-König übertragen.

Bald darauf erließ das Bezirksgericht eine Publikation, wodurch derjenige, der auf fragliche Forderung Anspruch zu machen gedenke, diesen binnen anberaumter Frist geltend zu machen habe. In Folge dieser Publikation übermachte Alois Schleuniger dem Bezirksgericht eine Eingabe, in der er, gestützt auf die Behauptung, daß die Forderung durch vor Ausbruch des Geldstages erfolgte Abtretung auf ihn übergegangen, das Begehren stellte, daß er als forderungsberechtigt erklärt werde.

In Folge dessen machte Jakob Guggenheim-König gegen Alois Schleuniger ein Provokationsgesuch anhängig, welcher letztere unter Hinweisung auf §. 295 der P.-O. die Einwendung erhob, daß dem Aufforderer selbst die Klage bezüglich der im Streite liegenden Forderung zustehe.

Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß im Hauptprozesse dem Provokanten die Rolle des Beklagten zufallen müsse; denn er ist durch die Geldstagsbehörde, welche die fragliche Forderung als ein Aktivum der Konkursmasse bezeichnete und an eine öffentliche Steigerung brachte, vorläufig in den Besitz dieser Forderung gesetzt worden; derselbe muß in dem diesfälligen Besitzstand so lange geschützt werden, bis ein Dritter bessere Rechte auf dieselbe nachweist und wird es daher im Hauptprozesse nicht Sache des Aufforderers, Klage zu führen. Diesem stünde wohl eine Klage zu gegen den Schuldner der Forderung, allein gegenüber dem Provokaten hat nicht er zu klagen, weil er im Besitze sich befindet. Die Provokation ist sonach begründet. U. v. 16. Febr. 1870.

§§. 296—301.

542. Die provozirte Partei, welcher eine Frist zur Klageanhebung festgesetzt worden, reichte noch vor Ablauf des Termins ein

Fristverlängerungsgesuch ein, welches aber erst nach Ablauf derselben vor Bezirksgericht zur Behandlung kam und daher von dieser Behörde als unstatthaft von der Hand gewiesen wurde.

Das Obergericht faßte die Sache im entgegengesetzten Sinne auf und wies das Bezirksgericht an, auf das Gesuch einzutreten und darüber einläßlich zu entscheiden.

Da der Gesetzgeber das Verbot der Fristerstreckung bloß auf die gesetzlichen Fristen beschränkt (§. 368 der P.=O.), so folgt daraus, daß die richterlichen Fristen erstreckungsfähig sind; zu den letztern zählt aber auch die in §. 299 der P.=O. vorgesehene und das Erstreckungsgesuch wurde noch in termino angebracht. U. v. 11. April 1866.

543. Als dem Provokaten zur Klagführung eine Frist von 60 Tagen bewilligt worden, hatte das Bezirksgericht noch vor Ablauf der 60 Tage demselben eine Fristerstreckung von 14 Tagen bewilligt.

Gegen die fragliche Fristerstreckung, deren grundsätzliche Zulässigkeit aus §. 368 der P.=O. hergeleitet werden muß, wurde das Rechtsmittel des Rekurses zur Anwendung gebracht, auf dasselbe aber nicht eingetreten, weil ein Rechtsmittel gegen eine vom Richter bewilligte Fristerstreckung gesetzlich nicht gestattet ist.

Die Fristerstreckung erscheint nämlich offenbar als ein Akt und Ausfluß der richterlichen Prozeßdirektion und wird vom Richter verweigert oder gestattet, ohne daß der Gegenpartei Gelegenheit geboten würde, das diesfällige Gesuch einläßlich zu beantworten oder zu bestreiten. Dieses Axiom gilt sowohl bei den in §. 77 der P.=O. erwähnten, vom Gerichtspräsidium ausgehenden Fristerstreckungen, als bei denjenigen, welche vom Gericht selbst bewilligt werden. Der Gesetzgeber hat eben aus Gründen der Rechtspolitik nicht alle Verfügungen, namentlich nicht die prozeßleitenden rekurrirbar erklären wollen, indem er z. B. auch gegen Vorladungen, Verbotsbewilligungen, Rechtsdarschläge, Tagfahrtsverlegungen ꝛc. kein Rechtsmittel gewährt.

Würde eine solche Fristerstreckung mißbräuchlicherweise wiederholt gestattet und dadurch die Anhebung des Prozesses ungebührlich verzögert, so könnte dann die Beschwerde wegen verzögerter Justiz geführt werden. U. v. 24. Okt. 1866.

544. In Folge einer nicht bestrittenen Provokation erkannte das Bezirksgericht am 18. März 1863: Es sei dem Provokaten bezüglich seiner angeblichen Forderung zur Einreichung seiner Klage eine Frist von 7 Wochen von heute an bestimmt und zwar unter der Androhung, daß, wenn die Klage inner der ertheilten Frist nicht einlange, alsdann

die fragliche Forderung für immer als erloschen erklärt würde. Dieses Urtheil, das, wie bereits erwähnt, den 18. März erlassen worden, wurde am 24. März offiziell zugestellt und am 7. Mai darauf erfolgte von Seite des Aufgeforderten die Einreichung eines Editionsbegehrens.

Der Aufforderer oder der nunmehrige Beklagte behauptete, daß dem gerichtlichen Urtheil zufolge, welches sage: dem Provokaten sei von heute, dem Tage der Ausfällung an eine Frist von 7 Wochen bestimmt, das am 7. Mai abgegebene Editionsbegehren zu spät eingereicht worden, weil die Frist zur Anhängigmachung einer diesfälligen Rechtsvorkehr schon mit dem 6. Mai zu Ende gegangen.

Allein die Berechnungsweise des Beklagten steht im Widerspruch mit der Natur der Sache und mit bestimmten prozessualischen Vorschriften. §. 369 der P.-O. sagt, daß bei Berechnung der Fristen der Tag, an welchem die richterliche Verfügung mündlich eröffnet oder schriftlich zugestellt wird, nicht einzurechnen sei. Hieraus folgt mit Nothwendigkeit, daß eine Frist für eine Partei überhaupt erst von da an zu laufen beginnen kann, da sie ihr eröffnet wird. Wenn daher die Verfügung des Bezirksgerichtes dahin lautet, daß die Frist von „heute" zu berechnen sei, so ist dieses „heute" für den Provokaten erst mit dem Tage eingetreten, da ihm die Verfügung überhaupt bekannt geworden, also mit dem Tage der Zustellung des Protokollauszuges, dem 24. März 1862. Beginnt nun aber die 7wöchentliche Klagefrist mit dem Tage nach der Zustellung der Verfügung, dem 25. März, so dauert sie bis und mit dem 12. Mai und das Editionsbegehren ist somit, da es am 7. Mai eingelangt, noch rechtzeitig eingereicht worden.

U. v. 27. Febr. 1863.

Dritter Abschnitt.

Von der öffentlichen Vorladung unbekannter Betheiligter.

545. Der Staat Aargau ließ die Vermarchung der Staatswaldungen „Pfaffenhalde" und „Weißacker" im Gemeindebann Densbüren theilweilweise ergänzen, die Waldungen neu vermessen und neue Markbeschreibungen anfertigen. Um die diesfällige Arbeit ausführen zu können, stellte das Forstamt des II. Kreises an das Bezirksgericht das Ansuchen, durch das Amtsblatt an sämmtliche Anstößer die Aufforderung ergehen zu lassen, ihre allfälligen Einwendungen gegen die Richtigkeit der Pläne und der Marchbeschreibungen innert peremtorischer Frist einzureichen, ansonst spätere Reklamationen nicht mehr gehört und Pläne und Marchbeschrieb als öffentliche Urkunden erklärt würden.

Das Bezirksgericht hielt die nachgesuchte Publikation als unzuläßig, sich auf die Betrachtung stützend, daß die betheiligten Anstößer, gegen welche die Vorladung ergehen sollte, bekannt oder zu ermitteln seien und daher nicht den „unbekannten Betheiligten" beigezählt werden könnten, auf welche §. 302 der P.-O. gemäß seiner Aufschrift einzig Anwendung finde.

Es sind nun allerdings die betreffenden Anstößer nicht unbekannte Personen im rechtlichen Sinne des Wortes. Allein §. 302 setzt seinem Wortlaute zufolge für seine Anwendbarkeit nichts weiter voraus, als die Ungewißheit, ob Personen vorhanden seien, welche persönliche oder dingliche Ansprüche mit Bezug auf den in Rede stehenden Gegenstand machen können und ein solcher Fall liegt in Frage, indem man eben im Unklaren darüber ist, ob Anstößer vorhanden seien, welche gegen die stattgefundene Vermarkung Einwendung zu erheben haben.

Die Argumentation des Bezirksgerichts ist daher keine stichhaltige. Daß diese Gesetzesbestimmung im Falle ihre Anwendung finde, kann nicht beanstandet werden, denn litt. e dieser Vorschrift lautet: Auch in andern hier nicht aufgeführten Fällen können von den Gerichten bei besondern Verhältnissen und Verumständungen öffentliche Vorladungen unter Androhung von Rechtsnachtheilen bewilligt werden."

U. v. 17. März 1870.

Vierter Abschnitt.

Von dem Rechnungsprozesse.

§§. 305—308.

546. Nachdem Rudolf Wyßmann in Herzogenbuchsee mit Bewilligung des Gerichtspräsidiums dem Jakob Häfeli, Glaser in Zofingen, eine Rechnung zur Genehmigung oder Bemänglung hatte mittheilen lassen, verlangte Häfeli Verhandlung vor Bezirksgericht und brachte an, er glaube nicht schuldig zu sein, in einen Rechnungsprozeß einzutreten, da es sich lediglich um einen Forderungsstreit handle, der auf dem ordentlichen Civilrechtswege auszutragen sei und verlangte: Der Gegner sei mit seinem Aufforderungsgesuch abzuweisen resp. es sei dasselbe zu verwerfen.

Wyßmann faßte diese Rechtsvorkehr als fristliche Einrede auf und trug in einer Erwiderung auf Abweisung des Einwendungsschlusses an. Gegen dieses Verfahren erhob sich J. Häfeli und stellte das Begehren: Gegner sei mit seiner Beantwortung aus dem Rechten zu weisen und —

sofern er sein Rechnungsbemänglungsgesuch festhalten wolle — zu verhalten, seiner, des J. Häfeli, Beantwortung mit einer Replik zu begegnen.

Das Obergericht erklärte dieses Begehren, das vom Bezirksgericht verworfen wurde, als begründet, indem es fand:

Der Entscheid dieses Zwischenstreites hange von der Lösung der Frage ab, ob die als „Beantwortung" betitelte Rechtsvorkehr des J. Häfeli als Antwort nach Analogie des §. 298 der P.-O. oder als fristliche Einrede im Sinne der §§. 85 und 86 anzusehen sei. Nun stehe jeder Partei das Recht zu, ein vom Gegner oder der Prozeßdirektion eingeleitetes Verfahren, das sie für unzulässig erachte, anzufechten (§§. 86, 288, 298, 321, 322, 333 der P.-O.). Es müsse also auch einem zur Rechnungsbemänglung Aufgeforderten die Befugniß zustehen, dieses Verfahren zu bestreiten und nachzuweisen, daß die gesetzlichen Bedingungen zu demselben fehlen. Anlangend die Form dieser Anfechtung, so könne der Aufgeforderte nicht bloß auf ein Rechtsmittel gegen die Zustellungsverfügung des Gerichtspräsidenten beschränkt sein, indem ihm sonst das Recht auf den Spruch zweier Instanzen entzogen würde. Die Anfechtung müsse deßhalb vor dem erstinstanzlichen Richter stattfinden, was auch aus den Vorschriften der §§. 288, 298, 321, 322 und 333 der P.-O. erhelle. Auch gebe die P.-O. (§. 62) nur in einem einzigen Falle das Rechtsmittel des Rekurses gegen eine Verfügung der Prozeßdirektion, weil hier der Präsident als Richter über die Zuständigkeitsfrage entscheide.

Es sei nun aber festzustellen, ob diese Anfechtung als eine fristliche Einwendung im besondern Verfahren (§§. 85 und 68 der P.-O.) oder als eine antwortliche Bestreitung aufzufassen sei. Für letzteres spreche neben der Analogie der Vorschriften der §§. 288, 298, 322 und 333 der Umstand, daß die Einwendung des unstatthaften Verfahrens keine der in §. 86 bezeichneten fristlichen Einreden sei und daß die übrigen Einreden nach §. 88 b in die Antwort gehörten. Wolle eingewendet werden, daß der Rechnungssteller auf diesem Wege nur einen Vertrag zur Rechtfertigung seines Verfahrens habe, während dem Gegner zwei zukommen, so sei dies unbegründet, indem er das Recht zur Aufforderung schon in seinem Aufforderungsgesuch nachweisen könne und solle und diese prozessualische Stellung auch dem Bewerber um eine vorsorgliche Verfügung (§. 283), sowie dem Aufforderer (§. 297) gesetzlich angewiesen sei.

Die Rechtsvorkehr des J. Häfeli könne daher nicht als fristliche Einrede, sondern müsse als antwortliche Bestreitung des Rechnungsprozesses angesehen werden. Wyßmann könne somit dieser Antwort nicht

eine Antwort, sondern nur eine Replik entgegensetzen, folglich erscheine das Zwischenbegehren des J. Häfeli um Ausweisung der gegnerischen Antwort als begründet. U. v. 23. April 1856.

547. Im Jahr 1844 wurde der Ammann einer Gemeinde beauftragt, die Ablosungen, welche die Bürger für ihnen zugewiesenes Eichenholz zu bezahlen hatten, einzuziehen und daraus Schulden der Gemeinde abzutragen. Später, im Jahr 1854 fiel der Ammann in den Geldstag und wurde die Masse von dessen Ehefrau überschlagen, welche ihre diesfälligen Verpflichtungen durch Bürgen sicher stellte. Nachdem ein Jahr darauf auch die Ehefrau in den Konkurs gerathen, wurde die Masse von ihren Bürgen übernommen, so daß Schulden und Vermögen des Ammanns und seiner Ehefrau auf diese Bürgen übergegangen.

Die Bürgen stellten über den vom Ammann erfolgten Bezug der Holzlosungen und über dessen Ausgaben eine Rechnung, die ein Guthaben für sie verzeigte und übermachten dieselbe dem Gerichtspräsidium mit dem Gesuche: Dasselbe wolle nach Anleitung des §. 305 der P.-O. der Gemeinde diese Rechnung mit dem Auftrag mittheilen, daß sie dieselbe während einer zu bestimmenden Frist genehmige oder bemängle.

Mit Grund bestritt die Gemeinde den Massaübernehmern das Recht, sie auf dem Wege des Rechnungsprozesses zu belangen. Die Rechnungssteller konnten in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Ammanns nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen, als dieser letztere besessen.

Der Ammann wäre aber nicht befugt gewesen, ein aus der fraglichen Geschäftsbesorgung resultirendes Guthaben auf dem Wege dieses Prozesses geltend zu machen; denn nach dem Organisationsgesetz für die Gemeinden und Gemeinderäthe sind die Rechnungen, die das Gemeindegut betreffen, nicht nach den Vorschriften der Prozeßordnung zu erledigen, sondern fallen der Prüfung der ordentlichen Verwaltungsbehörden anheim. (VI. Abschnitt, §§. 161—168 jenes Organisationsgesetzes.) Gerade deßhalb aber konnte es auch den Bürgen nicht gestattet sein, behufs Prüfung der Rechnung den Civilrichter in Anspruch zu nehmen. U. v. 2. Dez. 1857.

Fünfter Abschnitt.

Von der Beschlagnahme.

§§. 310—317.

548. Nach §. 310, lit. e ist der Vermiether oder Pächter zur Erwirkung der Beschlagnahme befugt, wenn der Miether oder Pächter

die Absicht an den Tag legt, seine in dem gemietheten Gebäude oder gepachteten Gut befindliche Fahrhabe fortzuschaffen, bevor er den Mieth- oder Pachtzins bezahlt hat. — Ueber den Sinn dieser Gesetzesbestimmung siehe Nr. 279.

549. Eine Weibsperson, welche behauptete, außerehelich schwanger zu sein und als den Urheber dieses ihres Zustandes vor Sittengericht den Adolf H. angegeben hatte, erwirkte auf das Vermögen des letztern bezirksamtliche Beschlagnahme und suchte nach Bestreitung derselben ihre Rechtsvorkehr vor Bezirksgericht damit zu rechtfertigen, daß H. ohne Zurücklassung von liegenschaftlichem Vermögen nach Amerika auszuwandern Anstalten mache und ihre gegen ihn seiner Zeit geltend zu machenden Ansprüche unter solchen Umständen gefährdet, ja sicher verloren gehen würden.

Der Beklagte bestritt nicht, daß er beabsichtige, nach Amerika auszuwandern, aber er bestritt die Beschlagnahme wegen Mangels gehöriger Bescheinigung einer rechtsbeständigen Ansprache. Man hielt diese Bestreitung als eine gerechtfertigte. Zwar lag bei den Akten ein Auszug aus dem Sittengerichtsprotokolle, wonach die Klägerin dem heimathlichen Pfarramt und Sittengericht angezeigt hatte, daß sie sich außerehelich schwanger befinde und der Beklagte der Urheber dieses ihres Zustandes sei. Allein diese ganz einseitige Angabe und die darauf gestützte Verhandlung vor Sittengericht können nicht als Bescheinigung von rechtsständigen Ansprüchen gegenüber dem Beklagten angesehen werden. Es ist damit nicht einmal außer Zweifel gestellt, daß die Klägerin sich wirklich im Zustand der Schwangerschaft befinde. Wollte man aber auch dieses als wahr voraussetzen, so wären damit noch keine Ansprüche gegenüber dem Beklagten begründet. Nach den Vorschriften des a. b. G. erhält die Mutter eines unehelichen Kindes gegen den Schwängerer erst nach erfolgtem Zuspruch des Kindes an die Klägerin ein Klagrecht und dieses ist noch von so vielen Voraussetzungen abhängig, daß erst dann von rechtsbeständigen Ansprüchen der unverehelichten Mutter dem Schwängerer gegenüber gesprochen werden kann, wenn der Richter denselben wirklich zur Leistung eines Alimentationsbeitrages verfällt hat.

U. v. 14. März 1868.

550. In einem Arreststreit wurde die Ansicht aufgestellt, daß nicht der Betrag der Forderung, für welche der Arrest erwirkt wurde, sondern der Werth der mit Beschlag belegten Effekten für die Kompetenzfrage entscheidend sei.

Diese Ansicht hat aber weder ein Gesetz, noch sonst irgend einen haltbaren Grund für sich. Schon aus §. 311 der P.-O. läßt sich un-

schwer entnehmen, daß die Forderung, für welche der Arrest erwirkt wurde, die Grundlage eines sich entwickelnden Arreststreites bildet und der Betrag derselben für die Kompetenzbestimmung maßgebend ist. Wäre hierüber nicht jeder Zweifel ausgeschlossen, so würde der §. 316 der P.=O. denselben direkt beseitigen; denn hier wird der Grundsatz ausgesprochen, daß vom Betrag der Ansprache die Zuständigkeit des Gerichts abhängig ist. U. v. 3. Sept. 1868.

§§. 318–326.

551. §. 318 der P.=O. schreibt vor, daß die Beschlagnahme sich nur auf Sachen erstrecken kann, welche dem Schuldner angehören und Gegenstand der Vollstreckung sein können. Die auf dem vom Schuldner gepachteten Lande gepflanzten und nicht eingesammlten Kartoffeln qualifiziren sich als hängende Früchte und sind daher nicht als Objekt der Vollstreckung oder Beschlagnahme anzusehen. U. v. 18. Jenner 1871.

552. Als auf das Vermögen eines vergeldstagten Ehemannes ein Arrest erwirkt wurde, bestritt die Ehefrau desselben die Beschlagnahme, indem sie die Behauptung aufstellte, daß der Arrest bei seiner Vollziehung auf Gegenstände ausgedehnt worden sei, die sich in ihrem Besitz und Eigenthum befunden hätten. Die unter den Parteien streitig gewordene Frage, ob die Ehefrau wirklich legitimirt sei, der ab Seiten des Klägers versuchten Rechtfertigung des Arrestes in der Stellung als Beklagte entgegenzutreten, ist offenbar zu bejahen. Wenn auch der §. 321 der Prozeßordnung speziell nur den Schuldner als Bestreiter der Beschlagnahme anführt, so geschieht dieses sicher in der Voraussetzung, daß in der Regel nur dieser ein rechtliches Interesse haben werde, den Arrest anzufechten, insofern eben nur seine Fahrhabe mit Beschlag belegt werden soll. Damit ist aber nicht von ferne ausgesprochen, daß das Recht der Anfechtung des Arrestes nicht auch einem Dritten zustehe, dessen Eigenthum ohne zureichenden Grund und gegen den Willen des Gesetzes (§. 318 der P.=O.) der Beschlagnahme unterworfen worden. U. v. 29. Nov. 1869.

553. Der Rechtfertigungsgrund der Beschlagnahme wollte vom Arrestkläger durch das Beweismittel des negativen Haupteides des Gegners erstellt werden. Allein der Richter verwarf den daherigen Beweis als unzulässig, die Ansicht feststellend: der §. 323 der P.=O. verpflichte das Bezirksgericht, bei einer und derselben Tagfahrt über

die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit des Arrestes zu entscheiden. Mit dieser Bestimmung schließe die Prozeßordnung das gewöhnliche Beweisverfahren in Arreststreitigkeiten aus, wie dies noch insbesondere aus der Vorschrift des §. 322 erhelle, laut welcher der Arrestnehmer bei der Rechtfertigungstagfahrt durch Bescheinigung seiner Ansprache und des Grundes zur Beschlagnahme diese letztere zu rechtfertigen habe.

U. v. 2. Juni 1854.

554. Eine amtlich erwirkte Beschlagnahme wurde nach stattgefundener Parteiverhandlung gerichtlich aufgehoben, dem Beklagten jedoch die Auflage gemacht, der Klagpartei, zu deren Gunsten der Arrest bewilligt worden, für den derselben schuldigen Betrag Sicherheit zu leisten, bevor die Wirkung der Arrestaufhebung eintrete.

Das bezirksgerichtliche Urtheil hat zwar eine gesetzliche Vorschrift zur Grundlage, allein es bietet die eigenthümliche Erscheinung dar, daß der grundsätzlich obsiegende Beklagte — das bezirksgerichtliche Urtheil beruht auf der Anschauung, daß ein gesetzlicher Grund zur Beschlagnahme nicht vorhanden sei — nichts gewonnen hat, wenn die Wirkung der Arrestaufhebung erst mit der Sicherheitsleistung eintreten soll; denn nach §. 325 der P.-O. hätte er auch als unterliegender Theil die Aufhebung der Beschlagnahme durch Bestellung hinreichender Sicherheit für die klägerische Ansprache jeden Augenblick erwirken können. Der im Unrecht erfundene und abgewiesene Kläger hingegen würde durch die Verfällung des Beklagten zur Sicherheitsleistung nicht nur nichts verlieren, sondern in eine bessere Stellung versetzt, indem er nun für seine Ansprache eine spezielle Sicherheit erlangen würde, währenddem der gerechtfertigte Arrest nur ein allgemeines, allen Gläubigern des Arrestbeklagten zu Statten kommendes Sicherheitsmittel gewährt hätte. Allein so abnorm dieses erscheinen mag, so schreibt nun einmal §. 323 der P.-O. vor, daß der Richter in allen Arreststreitigkeiten im Falle der Unstatthaftigkeit der Beschlagnahme zu entscheiden habe, ob dieselbe gegen oder ohne Sicherheit aufgehoben werden soll und aus diesem Grunde ist die Ansicht, daß der Beklagte deßwegen nicht zur Sicherheitsleistung verhalten werden könne, weil das Begehren um Rechtfertigung der Beschlagnahme als unstatthaft erklärt worden, grundsätzlich eine nicht richtige. Indessen ist der Richter doch durch allgemeine Rechtsgrundsätze und die Natur der Sache angewiesen, von der höchst exceptionellen Befugniß, den in der Hauptsache obsiegenden Schuldner zur Sicherheitsleistung zu verurtheilen, einen sorgfältigen Gebrauch zu machen. Im Falle wurde die untergerichtliche Bestimmung, welche die Sicherheitsleistung verordnete, als unzulässig beseitigt. U. v. 21. Febr. 1867.

Sechster Abschnitt.

Von den Verboten.

§§. 327—334.

555. In Oetlikon besteht ein durch das Abwasser des eigentlichen öffentlichen Brunnens genährter Brunnen, dessen Wasser hauptsächlich den Bewohnern zweier Häuser zu gut kommen soll. Der Eigenthümer des einen Hauses baute seiner Zeit ein Brennhaus, in welches er vom Abwasserbrunnen aus eine Leitung erstellte. Durch diese Leitung führte er das nöthige Wasser in das Brennhaus, indem der Brunnen jeweils, wenn er das Wasser benützte, zur Hälfte gesteckt wurde. Der Eigenthümer des andern Hauses ließ nun aber die Steckung des Brunnens durch ein Verbot untersagen. Weil durch das Verbot die Benutzung des Brennhauses verunmöglicht wurde, verlangte der Besitzer des letztern vermittelst der Klage die richterliche Aufhebung desselben.

Der Beklagte entgegnete: das fragliche Wasser sei öffentliches Gut der Gemeinde, die Gemeinde könne daher eine ausschließliche Benutzung des Abwassers den Parteien entziehen oder verweigern; die Parteien seien nur bittweise Besitzer, ohne privatrechtlichen Titel; deßhalb habe der Kläger kein Recht auf dieses Wasser und mangle ihm schon die Legitimation zur Sache.

Es war nun zu untersuchen, ob das Verbot begründet und ob der Kläger zur Bestreitung desselben legitimirt sei.

Was nun zunächst die Statthaftigkeit des fragl. Verbotes anbetrifft, so entscheidet darüber §. 327 der P.=O. Daß der Beklagte in Bezug auf den erwähnten Brunnen Eigenthums= oder Dienstbarkeitsrechte besitze, hat er selbst nicht behauptet. Es frug sich also nur noch, ob die beklagtische Benutzung des Abwassers als rechtliche Innehabung zu betrachten sei. Dieses mußte verneint werden. Der Beklagte selbst erklärte, daß die Gemeinde Eigenthümerin des Wassers und dieses unverjährbares öffentliches Gut sei. Weil der Beklagte selbst sich jeden privatrechtlichen Titel und Anspruch auf das Wasser absprach, konnte er auch nicht als rechtlicher Innehaber angesehen werden und erzeigte sich das Verbot als unstatthaft.

Die Legitimation zur Sache konnte dem Kläger mit Grund nicht bestritten werden. Der Beklagte anerkannte, daß derselbe Benützer des Abwassers sei; als solcher hatte er aber ein Interesse, daß ihm die bisherige Benützung nicht verkümmert werde. Ob und auf welchem Rechtstitel seine Benützung beruhe, war nicht zu untersuchen, es mußte

an der Thatsache der Benützung und an dem Interesse zur Erhaltung derselben genügen. Immerhin hatte er nicht erklärt, daß ihm kein privatrechtlicher Anspruch auf das Wasser zustehe.

U. v. 4. September 1857.

556. Nachdem der Eigenthümer eines Grundstücks das unbefugte Betreten desselben durch ein Verbot hatte untersagen lassen, wurde die Bewilligung eines Rechtsdarschlags dagegen nachgesucht, das daherige Gesuch aber vom Gerichtspräsidium abgewiesen. Gegen diesen abweisenden Präsidialbescheid wurde der Rekurs ergriffen, allein ohne Erfolg.

Nach §. 328 der P.-O. wird das Verbot von dem Gerichtspräsidenten nach vorheriger Prüfung der Berechtigung des Bewerbers, aber nach freiem Ermessen bewilligt; in gleicher Weise gestattet oder verweigert derselbe Beamte gemäß §. 332 den Rechtsdarschlag. Von dem Rekurse oder von einem Rechtsmittel überhaupt findet sich im ganzen Abschnitt der Prozeßordnung, der von den Verboten handelt, keine Spur. Offenbar liegt es in der Absicht des Gesetzes, daß Streitigkeiten über Verbote und den Besitzstand summarisch erledigt werden, daß daher der Gerichtspräsident über die Zulässigkeit von Verboten und Rechtsdarschlägen entscheide, ohne daß eine Weiterziehung dieses Entscheides zulässig ist.

U. v. 13. August 1857.

557. Ein allgemeines Verbot ist nach Vorschrift des §. 331 der P.-O. bekannt zu machen, welche lautet: „Wird das Verbot nicht gegen eine bestimmte Person erlassen, so ist dasselbe je nach dem Ermessen des Gerichtspräsidenten durch eine Warnungstafel, öffentlichen Anschlag oder durch Verlesung in der Kirche bekannt zu machen." Ist dieser Vorschrift gemäß die Verfügung über die Art und Weise der Bekanntmachung Sache des Gerichtspräsidenten, so liegt hingegen dem Verbotnehmer ob, diese Verfügung zur Vollziehung zu bringen, d. h. dafür zu sorgen, daß das Verbot je nach der Verfügung des Präsidenten durch eine Warnungstafel, oder durch öffentlichen Anschlag, oder durch Verlesung in der Kirche zur Kenntniß des Publikums gelange. Derjenige, der wegen Verbotsübertretung Klage führt, ist denn auch verhalten, den Beweis zu leisten oder wenigstens zu beantragen, daß das Verbot nicht nur bewilligt, sondern wirklich auch bekannt gemacht worden sei. U. v. 17. Juni 1859.

558. Bisweilen geschieht es, daß wenn das Betreten oder Befahren eines Grundstücks durch ein Verbot untersagt und alsdann wegen

Verbotsübertretung Klage geführt worden, der Beklagte die durch das Verbot angedrohte Strafe mit dem Einwande von ihm abzuwenden sucht, daß ihm das Recht zum Befahren oder Begehen des Grundstücks zustehe. Dieser Einwand ist aber rechtlich bedeutungslos. Das in gesetzmäßiger Weise erlassene Verbot besteht nach §. 333 der P.-O. so lange in Kraft, bis es durch ein gerichtliches Urtheil aufgehoben worden. Wenn nämlich der Beklagte eine Dienstbarkeitsberechtigung zu besitzen glaubt und geltend machen will, so ist er durch das Gesetz angewiesen, die Aufhebung des Verbots auf dem ordentlichen Rechtswege zu betreiben. U. v. 18. Dez. 1863.

559. Auf Ansuchen des Gemeinderaths, welcher auf einem mit Verbot belegten Grundstück zum Behufe einer Weganlage Messungen und Planirungen vornehmen lassen wollte, wurde das fragliche Verbot vom Gerichtspräsidium suspendirt und es entstand in Folge ergriffenen Rekurses die Frage, ob die Amtsstelle zu dieser Suspension befugt erscheine. Die Frage war zu verneinen.

Abgesehen von der Vorschrift des §. 333 der P.-O. normirt der Abschnitt dieses Gesetzes, welcher über Verbote handelt, die Befugniß des Gerichtspräsidenten dahin, daß er Verbote und Rechtsdarschläge dagegen bewilligen könne, worin selbstverständlich auch das Recht enthalten ist, Gesuche und Verbote um Rechtsdarschläge abzuweisen; wenn er aber ein Verbot einmal bewilligt, so kommt ihm kein Recht mehr zu, dasselbe in anderer Weise, als durch Bewilligung eines Rechtsdarschlags aufzuheben oder für eine gewisse Zeit zu suspendiren.

Wollte man die Zulässigkeit gegen das Rechtsmittel des Rekurses einwenden, daß Verfügungen des Präsidenten in Verbotssachen nicht rekursfähig seien, so spricht sich allerdings eine konstante Praxis dahin aus, daß gegen die Bewilligung eines Verbots oder Rechtsdarschlags die Weiterziehung nicht zulässig sei. Allein in concreto handelt es sich um die Frage, ob die erlassene Verfügung wirklich in seine Kompetenz gehöre und von diesem Standpunkt aus steht die Anwendung des Rekurses mit der angeführten Praxis nicht im Widerspruch.

U. v. 14. Februar 1871.

Siebentes Hauptstück.

Von den Rechtsmitteln.

Erster Abschnitt.

Von der Appellation.

§§. 335—347.

560. Es stellte sich heraus, daß die Erklärung der Weitersziehung eines untergeordneten Urtheils nicht von einem Anwalte verfaßt worden. Der Gegner wies auf diesen Umstand hin und zwar aus dem Grunde, um zu bewirken, daß auf die Appellation nicht eingetreten werde.

Allein der so eben berührte Mangel hindert den Richter nicht, die Sache einläßlich zu beurtheilen. Es ist nämlich nicht unerläßlich, daß der Berufungsschluß einen Anwalt zum Verfasser habe, ja es ist sogar nicht vorgeschrieben, daß er in Schrift verfaßt angebracht werde, da nach §. 337 der P.-O. der Berufende den Schluß, den er beim Obergericht ans Recht setzen will, beim Gerichtspräsidium anzugeben hat.

U. v. 15. Juni 1869.

561. Ein Forderungsprozeß endete damit, daß der Beklagte zur Zahlung verurtheilt wurde. Derselbe ließ das Erkenntniß in Rechtskraft erwachsen, A. B. aber, welcher dem Beklagten als Nebenintervenient beigetreten, gebrauchte dagegen das Rechtsmittel der Appellation. Diese Berufung konnte jedoch nicht berücksichtigt werden. Vergl. Nr. 447.

562. Als eine Ehe wegen Ehrenkränkung auf die Dauer von 18 Monaten geschieden worden, verlangte die Ehefrau berufungsweise, daß der Richter die fragliche Frist auf drei Monate herabsetze. — Obschon der Ehemann seine Vernehmlassung schriftlich dahin abgab, daß er sich dem Berufungsschlusse nicht widersetze, war dem Richter gleichwohl nicht gestattet, demselben Folge zu geben. Vergl. Nr. 59.

563. In einer Appellationssache erklärte der Berufende bei der mündlichen Verhandlung vor Obergericht, daß er sich nicht an die mit der Appellationsanmeldung eingereichten schriftlichen Schlüsse halte, indem er mündlich von diesem abweichende, ganz selbstständige Begehren

anbrachte. Es wurde aber dieses Vorgehen des Appellanten als ein gesetzwidriges, weil den §§. 337 und 339 der P.-O. widersprechendes angesehen und auf die erst nachträglich gestellten Schlüsse als unzulässige Neuerung nicht eingetreten. U. v. 11. August 1856.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rekurse.

§§. 348—354.

564. Gegen das in einer Manifestationssache erlassene bezirksgerichtliche Urtheil wurde vom Rechtsmittel des Rekurses Gebrauch gemacht und dem Herrn Gerichtspräsidenten die Rekursbeschwerde mit der gesetzlichen Gebühr am letzten Tage der Rekursfrist (den 16. Februar 1870), Abends 8 Uhr, durch Expressen von der Post überbracht. Der Herr Gerichtspräsident nahm die Beschwerde entgegen, stellte aber dieselbe einige Zeit nachher dem Rekurrenten mit der Verfügung zurück, daß sie als zu spät eingereicht nicht angenommen werde.

Ueber diese Verfügung des Herrn Gerichtspräsidenten, die dieser durch die Entgegnung zu rechtfertigen suchte, daß nach bestehender Gerichtspraxis Weiterziehungen, die am letzten Tage der offenen Frist nach Schluß der Kanzleistunden (Abends 6 Uhr) eingehen, als zu spät angemeldet betrachtet werden, wurde infolge geführter Beschwerde befunden: Es müsse von vornenherein anerkannt werden, daß das Gerichtspräsidium in der Regel nicht gehalten sei, nach Schluß der ordentlichen Büreaustunden, und namentlich nicht zur Nachtzeit, dem rechtsuchenden Publikum zur Verfügung zu stehen, wiewohl hinwiederum dem Präsidenten doch auch zugemuthet werden dürfe, im Interesse des Publikums auf die bestehenden Post- und Eisenbahneinrichtungen einige Rücksicht zu nehmen. Allein um die Frage, wie lange der Präsident Abends zu amtlichen Funktionen verpflichtet sei, handle es sich gegenwärtig nicht. Vom Gerichtspräsidenten werde anerkannt, daß ihm der Rekurs noch am letzten Tage der Frist zugekommen und von ihm angenommen worden sei. Diese Thatsache sei entscheidend und habe, da das Gesetz eine Stunde nicht bestimme, bis zu welcher am betreffenden Tage ein Rekurs eingereicht werden solle, zur Folge, daß dieser als noch in termino abgegeben zu betrachten sei. — Ganz anders würde es sich verhalten, wenn der Rekurs am gleichen Abend zwar noch nach Zurzach, aber aus diesem oder jenem Grunde dem Präsidenten nicht mehr zugekommen wäre oder der Präsident wegen vorgerückter Nachtzeit die Abnahme der

Beschwerde sofort verweigert hätte ꝛc.; in einem solchen Falle hätte sich der Beschwerdeführer nicht zu beklagen und die Folgen der Verspätung sich selbst zuzuschreiben gehabt. U. v. 1. Juli 1870.

565. Eine Rekursbeschwerde, die gegen das in einer Zuchtpolizeisache erlassene Urtheil erhoben worden, gelangte noch am Abend des letzten Tages der offenen Frist auf das Postbüreau des Bezirkshauptortes, wie dies von Seite des Postamts bestätigt wird. Allein die Beschwerde kam erst am folgenden Morgen in die Hände des Hrn. Gerichtspräsidenten und war es deßhalb unstatthaft, sie einer einläßlichen Prüfung zu unterbreiten. U. v. 31. März 1871.

566. Unter Nr. 556 wurde gesagt, es sei nicht nothwendig, daß der Appellationsschluß von einem Anwalte verfaßt sei. Dasselbe gilt auch von dem Rekursschlusse; auch bezüglich dieses Schlusses ist §. 13 des Gesetzes über Ausübung des Advokatenberufes vom 10. Dezember 1833 nicht anwendbar. U. v. 26. April 1871.

Vierter Abschnitt.

Von der Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile.

§§. 361–367.

567. Ein rechtskräftiges Urtheil, welches den Beklagten zur Zahlung eines Geldbetrages verurtheilte, wollte in der Weise unwirksam gemacht werden, daß die bereits bezahlte Summe vermittelst der condictio indebiti zurückgefordert wurde. Die Rückgängigmachung kann jedoch einzig auf dem Wege der Wiederherstellung erzielt werden.
Vergl. Nr. 360.

568. Nach §. 361 lit. a der P.-O. kann die Wiederherstellung gegen ein rechtskräftiges Urtheil verlangt werden, sowohl wegen solcher Beweismittel, die während der Verhandlung erwähnt, die aber erst zu einer Zeit, als die Reform nicht mehr zulässig gewesen, zur Hand gebracht worden sind, als wegen neuer Beweismittel, welche der Bewerber erst seither entdeckt hat, wenn im einen wie im andern Falle die zu erweisenden Thatsachen erheblich sind.

Hieraus erhellt, daß das Gesetz bei diesem höchst ausnahmsweisen Rechtsmittel demjenigen, der bloß neue Thatsachen entdeckt haben will, aber zu deren Erstellung nicht neue, d. h. solche Beweismittel aufführen

kann, die er im ersten Rechtsstreit nicht gekannt hat, keineswegs das Rechtsmittel der Wiederherstellung gestatte; ferner spricht jene Vorschrift dafür, daß man zur Erstellung der behaupteten neuen Thatsachen sich nicht des negativen Haupteides bedienen dürfe, weil derselbe nicht als ein neuentdecktes und vorher unbekanntes Beweismittel angesehen werden kann. U. v. 30. Juni 1864.

569. Nach §. 361 b. der P.-O. ist die Wiederherstellung gegen ein rechtskräftiges Urtheil zulässig, wenn dieses sich auf Urkunden gründet, welche durch Richterspruch als falsch erklärt worden.

Es entstand die Frage, ob auch die Thatsache, daß die Urkunde vom Richter als eine unrichtige aufgehoben worden, die Anwendung des §. 361 b. begründe. Diese Frage muß bejaht werden, gerade weil die §§. 163 und 164 der P.-O. nicht nur den Beweis der Falschheit (absichtlichen Täuschung), sondern auch denjenigen der Unrichtigkeit gegen Privat- und öffentliche Urkunden, bei letztern jedoch nur auf dem Untersuchungswege zulassen.

Daß nicht nur die Falschheit, sondern auch der Irrthum die Wiederherstellung begründe, erhellt übrigens aus lit. d. des §. 361, wo nicht bloß der Meineid, sondern auch der bloß irrige Eid als Wiederherstellungsgrund bezeichnet ist.

Gegen ein bezirksgerichtliches Urtheil, das weiter gezogen ist, kann die Wiederherstellung nicht nachgesucht werden, da dieselbe nur gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß als zulässig erscheint. Wird das weiter gezogene Erkenntniß, welchem gegenüber die Wiederherstellung anbegehrt worden, dann letztinstanzlich bestätigt, so erzeigt sich das Gesuch um Bewilligung des neuen Rechts gleichwohl als ein voreiliges, indem es sich nur fragen kann, ob das Gesuch zur Zeit, als es angebracht worden, begründet gewesen und die obergerichtliche Bestätigung keine rückwirkende Kraft ausübt. U. v. 26. Mai 1857.

Achtes Hauptstück.

Von den Fristen.

---

§§. 368—370.

570. In einer Civilrechtssache wurde das bezirksgerichtliche Urtheil am 16. Mai zugestellt und auf demselben der 30. Brachmonat

als der Tag des Auslaufs der Bedenkzeit bezeichnet. Noch vor dem 30. Brachmonat wurde eine Appellationserklärung eingereicht, auf dieselbe aber als eine verspätete nicht eingetreten. Die Bedenkfrist ging am 30. Mai zu Ende und ist daher die Bezeichnung des 30. Juni offenbar eine irrige und unrichtige.

Der Appellant berief sich darauf, daß im Urtheil der Tag des Ablaufs der Bedenkfrist anzumerken sei und leitete daraus ab, daß die Parteien berechtigt seien, sich an diese urkundliche Fristbestimmung zu halten. Diese Anschauung widerlegt sich aber durch die §§. 368 und 280 der P.-O., wornach der Richter nicht befugt ist, die gesetzlichen Fristen zu erstrecken und das richterliche Urtheil in der gesetzlichen und nicht in der vom Richter bezeichneten Frist rechtskräftig wird.

U. v. 2. September 1857.

571. Zufolge §. 369 der P.-O. wird bei Berechnung der Fristen der Tag, an welchem die richterliche Verfügung oder das Urtheil mündlich eröffnet, oder schriftlich zugestellt wird, nicht mitgerechnet.

Der hier ausgesprochene Grundsatz bezüglich des Beginns der Fristen ist nicht maßgebend, wenn es sich um Berechnung der Währschaftszeit handelt, die das Konkordat betreffend die Gewähr der Viehhauptmängel, festsetzt. Vergl. Nr. 259.

Dritter Abschnitt.

Von den Gerichtskosten, dem Armenrecht und der Sicherheitsleistung in bürgerlichen Streitigkeiten.

§§. 373—395.

572. Der Beweis der Aechtheit einer Cessionsurkunde, der dem Kläger in einem Forderungsstreite auferlegt wurde, gelang dem letztern; obschon nämlich die Sachverständigen bezüglich der Aechtheit der Unterschrift ihren Zweifel ausgesprochen, hatte der Beklagte den ihm nach §. 161 der P.-O. zustehenden Eid nicht geleistet.

Infolge dessen stellte der Kläger das Begehren: Es wolle der Beklagte grundsätzlich in die Kosten des geführten Aechtheitsbeweises verfällt werden und es seien diese Kosten jetzt schon festzusetzen, eventuell sei deren Festsetzung dem Endurtheil vorzubehalten. Dieses Begehren ist jedoch dem Gesetze, §. 379 der P.-O. zuwiderlaufend; das Endurtheil hat in der Regel auch über die Kosten des ganzen Prozesses zu entscheiden. Nur ausnahmsweise muß oder kann über die Kosten einzelner Zwischen-

verhandlungen besonders verfügt werden. Dieses ist dann der Fall, wenn die daherigen Verhandlungen für sich bestehende Nebenpunkte betreffen, von welchen der Ausgang in der Hauptsache nicht bedingt ist. §. 380 der P.-O.

Im Falle ist der Beweissatz, der dem Kläger aufgiebt, die Aechtheit der auf dem Cessionsakte befindlichen Unterschrift zu beweisen, nur ein Glied in der Kette der vielen Sätze des Beweisinterlokuts, welche den Zweck haben, theils das Klagfundament, theils die Einreden des Beklagten zu konstatiren, und ist es daher prozessualisch unmöglich, vor Beendigung des Beweisverfahrens über die Kosten einzelner Beweisverhandlungen zu erkennen. U. v. 13. Februar 1868.

573. Der Ausbruch eines Geldstages führte ein Offenbarungsbegehren herbei. Der Beklagte erklärte, daß er das Begehren nicht bestreite und zur Eidesleistung bereit sei, worauf er den Offenbarungseid wirklich ausschwor. Obgleich der beklagte Theil weder bei der gerichtlichen Verhandlung über die verlangte Offenbarung, noch an der Eidesleistungstagfahrt den Ersatz der Kosten anbegehrt, überhaupt nie ein Begehren auf Kostenersatz angebracht, hatte das Bezirksgericht gleichwohl den Klagetheil verfällt, der Gegenpartei die ihr der fraglichen Verhandlung wegen ergangenen Kosten zu bezahlen, dadurch aber eine offenbare Gesetzesverletzung sich zu Schulden kommen lassen.

Durch das amtliche Einschreiten, d. h. durch das Beurtheilen einer ihm von den Parteien nicht vorgelegten Frage hat nämlich das Bezirksgericht dem §. 278 der P.-O. zuwide rgehandelt, wo vorgeschrieben ist, daß ein Urtheil nur dann über die Prozeßkosten entscheiden soll, wenn die Parteien darauf gerichtet sind. Die gleiche Gesetzesstelle enthält dann die allgemeine Vorschrift, daß das Gericht einer Partei weder mehr, noch einen andern Gegenstand zusprechen darf, als sie verlangt hat.

U. v. 25. Mai 1859.

574. Gegenüber dem Gesuche um Ertheilung des Armenrechts, welches H. A., der eines Vergehens wegen ungerichtlich zu einer Gefangenschaftsstrafe von drei Wochen verurtheilt worden, zu dem Behufe gestellt hatte, um gegen das zuchtpolizeiliche Erkenntniß den Rekurs ergreifen zu können, entschied das titl. Gerichtspräsidium dahin: §. 382 der P.-O. finde nur Anwendung in Civilprozessen; zum Zwecke der Ergreifung eines Rechtsmittels gegen ein Urtheil in Zuchtpolizeisachen könne das Armenrecht nicht ertheilt werden.

Allein diese Auffassung ist zu eng. Das Armenrecht beruht auf dem Grundgedanken, daß allen Bürgern ohne Rücksicht auf Reichthum

oder Armuth der gleiche Rechtsschutz gewährt werden solle. Wenn dieser Grundgedanke im Civilprozeß, wo regelmäßig Vermögensinteressen im Spiele sind, Geltung hat, so findet er gewiß auch Anwendung im Zuchtpolizeigebiet, wo es sich noch um viel werthvollere Güter — Ehre und Freiheit der Person — handeln kann.

Uebrigens schreibt §. 34 des Gesetzes über das Verfahren im Zuchtpolizeigebiet ausdrücklich vor, daß bezüglich des Verfahrens bei Ergreifung eines Rechtsmittels die Vorschriften der Civilprozeßordnung zur Anwendung kommen müssen. U. v. 25. Juni 1867.

575. Nach §. 390 der P.-O. ist der Kläger schuldig, dem Gegner auf sein Begehren für die Kosten des Streits Sicherheit zu leisten, wenn der Geldstag über ihn verlangt und ausgeführt ist. Wird die Rehabilitation des Klägers nach stattgefundener Anbringung des Versicherungsbegehrens ausgesprochen, so ist das letztere gleichwohl gerechtfertigt. Wenn die Zulässigkeit jeder Klage in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach dem Zeitpunkt beurtheilt werden muß, in welchem sie angehoben worden, so muß dieser Grundsatz auf die fristliche Einrede der Kostenversicherung angewendet werden und der zufällige Umstand, daß seither der Grund zur Kostenversicherung weggefallen, ist ohne rückwirkenden Einfluß auf das mit Grund gestellte Begehren. U. v. 29. September 1869.

576. Der §. 390 a. 2. stellt den unbedingten Grundsatz auf, daß der Kläger dem Gegner auf sein Begehren für die Streitkosten Sicherheit zu leisten habe, wenn der Geldstag über ihn ausgebrochen. Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes wurde nun für den Fall bestritten, wenn dem Kläger das Armenrecht ertheilt worden, indem man auf §. 391 c. der P.-O. hinwies.

Die Ertheilung des Armenrechts, welches überhaupt nach §. 386 der P.-O. nur auf die Gerichtsgebühren und nicht auf die Parteikosten Bezug hat, hebt aber die Pflicht zur Sicherheitsleistung keineswegs auf. Nach §. 391 c., auf den sich der Kläger beruft, fällt die Pflicht zur Sicherheitsleistung nur dann weg, wenn beide Theile das Armenrecht genießen, wohl aus dem guten Grunde, weil, wenn beide Parteien mittellos sind, die eine hinsichtlich der Prozeßkosten so viel Garantie bietet wie die andere, und es weder recht noch rationell wäre, wenn die eine der andern Sicherheit gewähren müßte, während diese nichts zu bieten vermag. U. v. 21. Jenner 1869.

577. Einer auf Bezahlung einer bestimmten Summe gerichteten Klage wurde das Begehren der schuldigen Kostenversicherung aus dem

Grunde entgegengesetzt, weil laut Zeugniß des Gerichtspräsidiums gegen den Klagetheil mehrere Geldstagsbegehren gestellt worden. Dieser letztere bestritt das Kostenversicherungsbegehren, indem er behauptete, daß zur Zeit der Anhängigmachung dieser Rechtsvorkehr die Geldstagsbegehren zurückgezogen und die Gläubiger bezahlt oder sicher gestellt gewesen und berief sich zum Beweise hiefür auf fünf Zeugen unter Anerbietung des Erfüllungseides.

Diesen Zeugenbeweis, den das Bezirksgericht als zulässig erachtete, fand das Obergericht als unstatthaft. Demselben steht nämlich der zweite Satz des §. 85 der P.=O. entgegen, wornach bei der gerichtlichen Verhandlung über eine fristliche Einrede nicht nur sofort Antwort, Replik und Duplik mündlich anzubringen sind, sondern auch gleichzeitig die Beurtheilung erfolgen soll. Diese im Interesse einer möglichst raschen Prozeßführung gegebene, die Rechte der Parteien bei gehöriger Vorsicht keineswegs gefährdende Vorschrift (die auch in andern Fällen, z. B. in Arreststreitigkeiten, §. 323, zur Anwendung kommt) darf weder von den Parteien, noch vom Richter außer Acht gelassen werden, am allerwenigsten in einem Falle, wie der vorliegende, wo die unnachsichtige Befolgung des Gesetzes keinen Rechtsverlurst verursacht, sondern nur die einstweilige Zurückweisung der klagenden Partei zur Folge hat. U. v. 1870.

578. Als auf Grund einer, mit der amtlich beglaubigten Unterschrift des Schuldners versehenen Forderungsurkunde der letztere zur Zahlung angehalten wurde, anerkannte er in seiner Vernehmlassung die Aechtheit des von ihm ausgestellten Schuldtitels, machte dagegen verschiedene Gegenforderungen geltend, worauf der Kläger nach Erstattung der Antwort, gestützt auf den Umstand, daß der Schuldner in letzterer die Aechtheit seiner Unterschrift nicht angefochten, im Sinne der §§. 390 b. und 394 der P.=O. das Begehren um Prozeßkostenversicherung ans Recht gesetzt hatte.

Nach Vorschrift des §. 394 der P.=O., auf den sich der Kläger berufen, ist das Kostenversicherungsbegehren in der Regel beim Beginn des Rechtsstreites anzubringen, es kann jedoch ausnahmsweise auch später gestellt werden, wenn die dasselbe begründende Thatsache erst im Laufe des Prozesses eintritt. Gemäß §. 390 b. ist nun der Rechtsdarschlag, die das Kostenversicherungsbegehren begründende Thatsache, das vor Anhebung des Prozesses erfolgt und dem Kläger durch den Betreibungsakt bekannt geworden ist. Was die Aechtheit der Unterschrift anbelangt, so ist dieselbe amtlich beglaubigt und daher eine wirksame Bestreitung derselben auf dem Civilrechtsweg ausgeschlossen. Kläger hätte also sein Kostenversicherungsbegehren beim Beginne des Prozesses

stellen sollen; die antwortliche Anerkennung der Aechtheit ist nämlich keine neue, das Versicherungsbegehren erst begründende Thatsache und demgemäß das Begehren, als zu spät angebracht, nicht zu berücksichtigen.
U. v. 14. Februar 1859.

579. Das Begehren des Beklagten in einem Forderungsstreit um Prozeßkostenversicherung wurde vom Kläger als gerechtfertigt anerkannt, gleichwohl vom erstern die Verfällung des letztern in die Kosten der fristlichen Einrede anbegehrt.

Dieses Begehren konnte aber nicht gebilligt werden. Aus dem Umstande, daß der Klagetheil sich dem Kostenversicherungsbegehren sofort unterzogen, folgt, daß hierüber kein Streit zwischen den Parteien gewaltet. Wo aber kein Streit und keine Verhandlung über einen solchen vorliegt, ist auch kein Urtheil über Prozeßkosten denkbar.

Der §. 390 der P.=O. verpflichtet eine Partei, dem Gegner nur auf sein Begehren für die Kosten des Streites Sicherheit zu leisten; nur wenn der Kläger die Pflicht gehabt hätte, dem Gegner die Sicherheitsleistung zum Voraus anzubieten, hätte derselbe zur Zwischenverhandlung über die Kostenversicherung Anlaß geboten und müßte er dann zum Ersatz der dem Gegner verursachten Auslagen pflichtig erklärt werden.
U. v. 23. Jenner 1854.

Neuntes Hauptstück.

Von den Schiedsrichtern.

580. Gegen ein schiedsgerichtlich erlassenes Beweisurtheil wurde die Nichtigkeitsklage angehoben und dasselbe als ein nach verschiedenen Richtungen hin mangelhaftes angefochten.

Allein die Nichtigkeitsklage gegen die Beweisanordnung des Schiedsgerichts ist unzulässig. In §. 418 sind die Gründe zur Nichtigkeitsklage aufgestellt. Der Satz a. spricht von dem Falle, wo der Schiedsvertrag selbst ungültig ist, der Satz b. von der Ueberschreitung der Entscheidungsbefugniß der Schiedsrichter, der Satz c. endlich von offenbarer Form- oder Gesetzesverletzung im Sinne des §. 416. Alle diese Nichtigkeitsgründe beziehen sich nur auf den Spruch der Schiedsrichter, d. h. auf das Endurtheil derselben. Es kann auch nicht im Sinn und Willen

des Gesetzes liegen, gegen jeden Vor- oder Zwischenbescheid eines Schiedsgerichts einen förmlichen Prozeß von den Gerichten des Staates mittelst einer Nichtigkeitsklage zu gestatten. U. v. 12. November 1858.*

* Siehe auch das Urtheil im oberger. Jahresbericht für 1863 unter Nr. 11, Seite 35.

581. Ueber Lieferung von Material zum Bau eines Hauses entstand Streit unter den Kontrahenten, der schiedsgerichtlich zu erledigen war.

Nachdem nun die Bezeichnung der Schiedsrichter stattgefunden, wollte sich der Kläger den vom Beklagten ernannten Richter nicht gefallen lassen, indem er dem letztern vorwarf, daß er nicht ein unbefangener, unparteiischer Richter sein könne und zwar a. weil er Mitbewerber um die Lieferung gewesen, b. er an dem in Rede stehenden Baue gearbeitet und c. über den vorliegenden Streitpunkt dem Beklagten ein Gutachten gegen den Kläger erstattet habe.

Dieser letztere stellte daher das Klagbegehren: Der Richter wolle erkennen, er sei nicht schuldig, sich den von dem Beklagten ernannten Schiedsrichter gefallen zu lassen, — welches Begehren aber als unbegründet verworfen wurde. — Haben die Parteien wegen Aufstellung eines andern als des gesetzlichen Richters einen Vertrag abgeschlossen, so ist dann in Beziehung auf diesen Richter nur der Vertrag als maßgebend anzusehen; d. h. wenn sich die Parteien, was im Falle wirklich geschehen ist, das unbedingte Recht der einseitigen Wahl eines Schiedsrichters eingeräumt haben, so müssen sie sich die Ausübung dieses Wahlrechts auch unbedingt gefallen lassen.

Zehntes Hauptstück.

Von dem Vollstreckungsverfahren.

582. In einem Prozesse über eine Wegdienstbarkeit wurde zu Recht gesprochen: Es seien die Beklagten verhalten, das klägerisch verfolgte Wegrecht zwischen ihren Gebäulichkeiten und Grundstücken anzuerkennen und den Weg wieder in ehevorigen, wenigstens in gleich brauch- und fahrbaren Stand zu stellen. — Nachdem das titl. Bezirksamt im Sinne des §. 430 der P.-O. die Vollstreckung bewilligt, die Beklagten aber dem Auftrage, den Weg innert der Frist von vier Wochen

herzustellen, nicht Folge geleistet, stellte der Kläger in Berufung auf die genannte Gesetzesstelle folgende Begehren:

1. Es sei ihm zu gestatten, die Herstellung des Weges auf Kosten der Beklagten auszuführen und sei dem Beklagten die Bezahlung dieser (festzusetzenden) Kosten aufzugeben, oder es wolle der Richter, unter allfälliger Beiziehung von Sachverständigen, die Arbeit an Dritte vergeben und die Beklagten zur Bezahlung der Kosten verhalten.
2. Es sei durch den Richter die Ausführungsweise der Wegherstellung festzusetzen und der Ersatz der Kosten zu bestimmen.
3. Eventuell sei nach geschehener Festsetzung der Wegherstellung den Beklagten eine neue Frist zur eigenen Herstellung einzuräumen unter der Androhung, daß nach Umfluß dieser Zeit die Arbeit auf ihre Kosten durch richterliche Anordnung ausgeführt werde.

Die Beklagten interpretirten den §. 430 der P.-O. in der Weise, daß statt der Herstellung des Weges eine durch Sachverständige auszumittelnde Entschädigungssumme für den Werth des Weges festgesetzt werden könne, zu deren Bezahlung sie sich bereit erklärten und daß dann die Herstellung des Weges des gänzlichen zu unterbleiben hätte. — Vom Bezirksgericht wurde jedoch, im Gegensatze mit dieser Auffassung der Beklagten und in Genehmhaltung der unter 3 angeführten eventuellen Begehrens, verordnet: Es sei durch Sachverständige eine entsprechende Weganlage zu bezeichnen und haben die Beklagten diese Weganlage innert 4 Wochen von der Bezeichnung an zu erstellen; werde sie innert dieser Frist nicht erstellt, so sei sie auf Kosten der Beklagten durch den Richter erstellen zu lassen.

Die Ansicht der Beklagten über die Bedeutung der in §. 430 der P.-O. erwähnten Entschädigung wäre nur dann richtig, wenn sie den Beweis der Unmöglichkeit erbracht hätten, dem gerichtlichen Urtheile in der einen oder andern Weise Folge zu leisten. Die Beklagten versperrten durch Aufführung von Bauten das dem Klagetheil zustehende Wegrecht; daß diese Bauten nicht ebensogut zu entfernen waren, als es den Beklagten möglich gewesen, dieselben aufzuführen, ließ sich den Akten nicht entnehmen. Das Bezirksgericht entschied daher nach Lage der Sache und zugleich im Sinne der erwähnten Gesetzesvorschrift, welche offenbar den Zweck hat, zu bestimmen, wie das richterliche Urtheil zum wirklichen Vollzuge gebracht werden kann. U. v. 2. August 1858.

Berichtigungen und Ergänzungen.

1) Seite 7, Zeile 5 und 6 von oben statt Provokant lies Provokat.
2) „ 21, „ 7 von unten statt Arg. lies Org.
3) „ 22, „ 8 und 9 von unten sind die Worte wegzulassen: eingereicht und.
4) „ 24, „ 10 von unten statt verlangt l. erlangt.
5) „ 42, „ 12 von unten st. welchem l. welchen.
6) „ 60, „ 10 von oben st. welche l. welcher.
7) „ 152, „ 7 und 22 von oben st. §. 20 l. §. 520.
8) „ 154, „ 6 v. unten st. §. 529 l. 519.
9) „ 158, „ 15 v. oben st. gerechtfertigt l. nicht gerechtfertigt.
10) „ 191, „ 9 v. unten st. §. 663 l. 603.
11) „ 207, „ 11 v. oben st. §. 447 l. 427.
12) „ 213, „ 1 v. unten st. ihr l. ihm.
13) „ 222, „ 1 v. unten st. des l. der.
14) „ 299, „ 9 v. oben st. §. 788 l. 778.
15) „ 374, „ 14 v. unten st. §§. 948—951 l. §§. 948—956.
16) „ 422, „ 1 v. oben st. §§. 88—103 l. 88—117.

17) Nachtrag zu §. 522 des a b. G. Heinrich Vogt, Rudis, von Villigen und David Vogt von dort hatten am 20. April 1820 über ihr gemeinsam besessenes Haus mit Scheune und Baumgarten eine Theilung vorgenommen und dabei die Bestimmung getroffen, daß das Land dem Giebel nach zum gemeinschaftlichen Weg stets offen bleiben müsse. Hans Jakob Vogt, der Rechtsnachfolger des Heinrich Vogt, behauptet nun, längs der vordern Hälfte des Giebels auf eine Breite von circa 3½' während mehr als 10 Jahren Klafterholz, Stauden, Steine, Schorrgrund und andere Gegenstände auf der betreffenden Stelle abgelegt, nach Belieben dort liegen gelassen und so einen jene Theilungsbestimmung aufhebenden, verjährten Besitzstand erworben zu haben.

Aus dem Vertrage vom 20. April 1820 erhellt unzweifelhaft, daß die Contrahenten „das übrige Land dem Giebel nach" also auch den nunmehr streitigen Platz als gemeinschaftliches Eigenthum, als gemeinsamen Weg fortbestehen lassen wollten. Vorausgesetzt nun, der fragliche Raum sei nicht in seiner ganzen Ausdehnung als Weg benutzt worden, sondern es habe der Kläger, wie er behauptet, dem Giebel nach einen Streifen zur Ablagernng von Holz und andern Gegenständen benutzt, so ist dieser Streifen immerhin gemeinsames Eigenthum verblieben und hat Hans Jakob Vogt an der gemeinsamen Sache keine Servitut, als welche sich das behauptete Benutzungsrecht qualificirt, erwerben können, da die Dienstbarkeit ein fremdes Grundstück als dienende Sache voraussetzt.

U. v. 7. Oktober 1866.

18) Nachtrag zu §. 952 des a. b. G. Ein Testament des bevormundeten F. Steinegger von Zofingen wurde angefochten, gestützt auf das Anbringen: Daß er keine Person von guten Wissenschaften, vernünftigen Sinnen und rechter vollkommener Vernunft gewesen. Es wurde speciell angeführt:

a. Steinegger sei sein Leben lang nie im Stande gewesen sein Brod zu verdienen, sondern zuerst von seinen Eltern, dann aus seinem Vermögen verkostgeldet worden.

b. Steinegger sei überall als der einfältige, schwachsinnige Steinegger bekannt gewesen; er habe den Namen „Löhl-Steinegger" gehabt.

c. Es habe ihn einmal die Lust angewandelt zu heirathen. Der damalige Stadtammann, Herr Oberst Siegfried, habe ihn kommen lassen und zu ihm gesagt: Wie er auch an das Heirathen denken könne? worauf Steinegger sofort erklärt: „Wenn er nicht heirathen müsse, so sei es ihm auch ganz recht."

d. Steinegger habe sein Leben lang nichts getrieben als gegessen und getrunken, sei entweder gedankenlos umher gesessen oder auf der Straße herumgelaufen. Beim Essen und Trinken habe er für gut und schmackhaft gehalten, was ihm seine Umgebung als gut bezeichnet. Zu Hause habe er sich damit beschäftiget, an den Fenstern zu trommeln oder gedankenlos in die Welt hinaus zu seufzen. Als sein Vater noch gelebt und auch später sei er etwa angehalten worden, Papierdüten zu machen. Wenn er zwei Dutzend solcher verfertigt, habe er überall seine Leistungen und seine Arbeit gerühmt: „Denket au, i ha viel Paquetli g'macht!" — Auf der Straße habe sich die Jugend mit ihm beschäftigt; die Kinder hätten ihr Spiel mit ihm getrieben; auch er habe mit ihnen gespielt; sie seien ihm, er ihnen nachgesprungen; er habe während seines ganzen Lebens nie eine Arbeit verrichtet, die Einsicht, Verstand oder Urtheil verlangt habe.

Das Obergericht fand:

Es lasse sich nun nicht bestreiten, daß, wenn es den Klägern gelänge, diese Schilderung der Persönlichkeit Steineggers und seines Lebens und Treibens in ihrer Wesenheit zn erwahren, alsdann dem Richter ein hinreichendes thatsächliches Material zu Gebote stünde, um darauf gestützt mit Sicherheit den Ausspruch zu begründen, daß Steinegger geistig nicht befähigt gewesen, ein gültiges Testament zu errichten. Der §. 952 des a. b. G. schreibe nämlich vor, daß eine letzte Willensverordnung dann als nichtig dahinfalle, wenn der Erblasser bei Errichtung derselben nicht die in §. 910 geforderten Eigenschaften besessen d. h. sich nicht im Zustand der Willensfreiheit befunden.

Es wurde angenommen: Es sei nicht nöthig, zur Prüfung der Frage Sachverständige beizuziehen, sonders sei es Sache des **Richters**, nach gewaltetem Beweisverfahren zu urtheilen, in welchem geistigen Zustande der testirende Steinegger sich befunden habe. U. v. 12. Februar 1868.

Register.

(Die Zahlen verweisen auf die einzelnen Entscheidungen.)

A.

B.

F.

G.

H.

K.

W.

Z.